Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA

DE

USU PRACTICO ACTIONIS ADVERSUS JUDICEM IMPERITE JUDICANTEM

ad pr. Inst. de obl. quæ qu. ex Del. nasc.

QUAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO CAROLO,

PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRANDENBURGICO, &c.

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,

S. REG. MAJ. BORUSS. CONSIL. INT. UNIV. FRIDER. DIRECT. PROF. PRIM. ET FAC. JUR. ORDIN.

IN ALMA FRIDERICIANA

AD D. III. NOVEMBR. ANNI MDCCXIV.

PUBLICO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

ANDREAS HENRICUS DE SCHÜTZ,

EQVES FRANCUS.

(9)

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

RECUSA LITERIS CHRISTOPHORI SALFELDII VIDUÆ, 1725.

Synopsis Dissertationis.

Justiniani obscuritas in conceptu quasi delicti. §. I.

Variæ divisiones obligationum. In specie Gaji. Pauli Philosophia. *a.*
Obscuritas definitionis quasi delicti. *b.*
Diversitas in exemplis quasi delicti. *c.*

Dissensus interpretum. Nostra sententia. §. II.

B. Hoppii definitio quasi delicti. Ejus differentiæ inter verum & quasi delictum. Dubia contra differentiam primam, secundam, tertiam, quartam. Dubium circa Vinnii descriptionem quasi delictorum. *a.*
Quid sit factum damnificum. Differentia quasi delicti a contractu vel quasi. *b.*
Quasi delictorum convenientia, cum veris. Differentia. Vera dolum requirunt, quasi delicta culpam. An alienam? Imo propriam semper. *c.*

Quatenus judex male judicans vel vere, vel quasi delinquat. §. III.

Litem suam facere quid. *a.*

Senſus pr. h. t. Senſus l. 15. §. 1. de judic. Sine cauſa hic quæri antinomiam. Aliæ pœnæ judicum doloſe judicantium. *b.*

Tractatus variorum de ſyndicatu. Syndicatus vox unde orta. Sæpius occurrens in Receſſibus imperii. An etiam pertineat ad judices imperite judicantes? *c.*

Dubium, quod Medicus imperite judicans vere delinquat. Reſponſio Donelli rejicitur. Reſponſio aliorum, quæ & ipſa falſitatis convincitur. Tertia reſponſio. Rationes & hanc rejiciendi. *d.*

Noſtra reſponſio. *e.*

Ad quid teneatur judex imperite judicans? §. IV.

Probatio de actione in factum *a.*

Hanc nullam eſſe aliam, quam actionem legis Aquiliæ utilem. *b.*

Pœna pro uſuris vel intereſſe. *c.*

An aliter condemnandus doloſe; aliter ex imperitia judicans? Reſpondetur affirmantibus. Ratio ſententiæ negativæ. Cur pœnæ vocem hic adhibuerit Gajus. Cur æqui & religionis judicantium mentionem fecerit. Culpa damnum patientis concurrens cum culpa damnum dantis, quid operetur. Removetur dubium, quod in judice non locum habeat actio legis Aquiliæ. *d.*

Judex ex imperitia judicans non fit infamis. Explicatur §. 2. Inſt. de pœn. tem. litig. Senſus l. 7. de public. judic, & l, penult, ad L. Aquil. *e.*

An

An actio hæc etiam detur contra magistratum, arbitros, arbitratores &c. §. V.

Non datur hæc actio contra magistratum. *a.*

Nec contra arbitros. Respondetur dissentienti Wissenbachio, & Paulo Voëtio. Probatur nostra sententia & illustratur exemplo. *b.*

Wissenbachii sententia de arbitratore, item Pauli Voëtii & aliorum. Judicium generale de hac controversia. *c.*

Huc non pertinere imprudentiam judicis in causis criminalibus & processu civili præter sententiam. §. VI.

Criminalia huc non pertinere probatur. *a.*

Item agi hic de sententia definitiva. *c.*

Obiter de judice in criminalibus male procedente. *c.*

Et in aliis partibus processus civilis. *d.*

Quæ culpa judicis huc pertineat? §. VII.

Latam putat Hoppius. *a.*

Alii etiam levem & levissimam. *b.*

Distinctionem culparum in praxi non habere usum. *c.*

Probatur, judicem etiam teneri ex culpa levissima. *d.*

Quid si secundum, aut contra communem oppinionem judicaverit? §. IIX.

Prabatur, illam distinctionem hic non attendi. *a.*

Quid si secutus fuerit consilium collegii juridici? §. IX.

Tenetur collegium juridicum, non judex. *a.*

Variæ distinctiones Ziegleri. *b.*

Nisi ipse judex intuitu actorum culpam admiserit. *c.*
De Judice qui acta misit ad imperitos. Casus notabilis, sed huc non pertinens. Zieglerus notatur. *d.*

An judex teneatur, si pars non appellaverit? §. X.

Affirmativa communis est, sed ratione destituta, & lege, nec etiam cohæret. *a,*
Negativa probatur. *b.*

Quid si sententia sit ipso jure nulla? §. XI.

Respondetur affirmantibus. *a.*

Judex an regressum habeat? §. XII.

Affirmantium ratio. *a.*
Negativa defenditur. *b.*

An actio hæc usum habeat in praxi? Autores & rationes pro affirmativa. §. XIII.

Loca Autorum. *a.*
Ratio prima. *b.*
secunda. *c.*
tertia. *d.*
Quarta reliquis præferenda. Monita circa tres præcedentes. Cur omissa sit doctrina compilatoris juris Svevici. *e.*

Dissentientes non loquuntur de Germania. §. XIV.

Locus Grœnewegenii. Alii autores. *a.*
Alia ratio differentiæ. *b.*

Verior tamen sententia negativa. §. XV.

Scilicet quoad exercitium hujus actionis. *a.*
Ratio generalis, quia datur ad interesse. *b.*

Actio

Actio nostra ne quidem jure Romano habuit magnum usum in praxi. §. XVI.

Scilicet in solo casu, si sententia judicis in appellationis instantia fuerit correcta. *a.*
Referri in jure etiam, quæ non habent usum in praxi. Cur id a JCtis sæpius factum fuerit. Exemplum. Idem & hic factum a Gaio. Aliud exemplum de medico imperite curante. *b.*

Etiam ideo, quod non omnis imperitia sit culpa, qua ratio adhuc magis in Germania obtinuit. §. XVII.

Regula de ignorantia culpæ annumeranda. Ignorantia juris civilis vel lata, vel levis, vel levissima. Imperitia levissima est subtilis sed inanis speculatio. Imperitia levissima non est culpa. Imo ne levis quidem, sed saltem lata. *a.*
Etiam secundum jus Romanum non omnis ignorantia juris in judice culpa est. Explicatur l. 2. de Jur. & Fact. ignor. *b.*
Jure Germanico ignota distinctio imperitiæ levis & levissimæ. Olim prohibitum, judicem ob culpam convenire. *c.*
Maxima incertitudo juris Romani & hodierni Germanici. *d.*

Actio Syndicatus etiam nullum habet usum in praxi. §. XIIX.

Probatio theseos. *a.*
In Senatu Aulico casus Syndicatus non est dabilis. *b.*

Res

Res est plena periculi, judicem convenire de dolo vel culpa.
§. XIX.

Jus Ducatus Prussiæ requirit probationes manifestas. *a.*
Difficultas harum probationum secundum pragmaticos. *b.*
Confessio Hoppii de periculo. *c.*

Consensus aliorum nobiscum. Responsio ad objectiones.
§. XX.

Nobiscum sentit Lauterbachius. *a.*
Locus ex Oldendorpio pro probando usu practico hujus actionis. Respondetur, casam illum non solum esse fictum, sed etiam impertinentem. *b.*
Neque etiam casus a Mevio adductus probat usum actionis nostræ. *c.*

Casus singularis huc pertinens. §. XXI.

Relatio casus secundum circumstantias singulas. *a.*
Rationes sententiarum, judicem conventum condemnantium. *b.*
Rationes pro judice. *c.*

SENTENTIA FACULTATIS JURIDICÆ HALLENSIS.

DE

DE
USU PRACTICO ACTIONIS ADVERSUS JUDICEM IMPERITE JUDICANTEM
ad pr. Inſt. de obl. quæ quaſ. ex del. naſc.

§. I.

Juſtiniani obſcuritas in conceptu quaſi delicti.

POſt vera delicta ad quaſi delictā tranſiens Imperator, Cajum ſuum ſecutus a), naturam quaſi delictorum non definit perſpicue, ſed ut in quaſi contractibus fecerat, obſcura definitione rem magis implicat quam explicat, b) & exemplis etiam non unius generis ſed valde diverſi rem antea obſcuram magis obſcurat, quam illuſtrat. c)

Variæ diviſiones obligationum.

a) Tota enim diviſio obligationum in eas, quæ oriuntur ex contractu vel quaſi, ex delicto vel quaſi, Cajo propria eſt, quamvis nec ipſe conſtanter loquatur. Modeſtinus, ſi quisquam obſcuriſſimam & variis nævis laborantem obligationum diviſionem propoſuit *l. 52. pr. de O. & A.* Obligamur aut *re*, aut

verbis, aut ſimul *utroque*, aut *conſenſu*, aut *lege*, aut *jure honorario*, aut *neceſſitate*, aut ex *peccato*. Explicatio ſubſequens in *d. l. 52.* confuſionem auget non minuit. Reliqui JCti communiter videntur diviſiſſe in obligationes ex contractu & delicto, ut Ulpianus *l. 14. eod.* Ita & Cajus *lib. 2. Inſt. tit. 9. pr. Obligatio in duas ſpecies dividitur. Nam omnes obligationes aut ex contractu naſcuntur, aut ex culpa.* Quas vero hic obligationes ex *culpa* vocat, alibi *d. l. 2. tit. 10.* vocat obligationes ex *delicto*: & ad obligationes ex contractu retulit poſtea obligationes ex quaſi contractu *l. 5. §. 1. de obl. & act.* ad eas, quas ex delicto eſſe dicebat, obligationes ex quaſi delicto *de l. 5. §. 4.* Alibi tria genera obligationum fecit, *l. 1. pr. d. t. Obligationes aut ex contractu naſcuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis cauſarum figuris.* Quo in ſignificatu obligationes ex quaſi contractu & quaſi maleficio pertinerent ad hoc genus tertium & ultimum. Neque omittenda Philoſophia Pauli, quamvis non diſerte eam propoſuerit: *Furioſus*, inquit, *& pupillus, ubi EX RE actio venit, obligantur etiam ſine curatore vel tutoris auctoritate, veluti, ſi communem fundum habeo cum his, & aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit. Nam judicio communi dividundo obligabuntur.* Videtur Paulus diviſiſſe obligationes ex *conſenſu* & ex *re*, & ad has poſteriores obligationes ex quaſi contractu, delicto, & quaſi delicto retuliſſe.

In ſpecie Caji.

Pauli philoſophia.

Obſcuritas definitionis quaſi delicti.

b) Etenim in *pr. Inſt. de obl. quæ quaſi ex contr. naſc.* nihil aliud dicit, quam obligationes ibi recenſitas proprie quidem non naſci ex contractu, ſed tamen quia non ex maleficio ſubſtantiam capiant, quaſi ex contractu naſci videri. Quod deſumtum eſt ex Cajo *l. 5. §. 1. de O. & A.* Similiter hic *in Inſt. de obl. quæ quaſi ex del. naſc.* judicem, qui litem ſuam fecerit, non proprie ex maleficio obligatum videri dicit Imperator, ſed quia neque ex maleficio neque ex contractu obligatus ſit, & utique peccaſſe aliquid intelligatur, licet per imprudentiam, ideo videri quaſi ex maleficio teneri. Quod iterum deſcriptum

eſt

est ex *d. l. 5. §. 4. d. t.* Vides eandem prope definitionem esse quasi contractuum & quasi delictorum, quod nempe neque sint contractus neque delicta. Igitur ingens remanet dubium, quomodo ergo quasi contractus & quasi delicta inter se differant.

c) Ut enim taceam, in exemplo judicis litem suam facientis plurimas subesse obscuritates, de quibus videbimus in sequentibus; inter exempla certe judicis male judicantis & exempla reliqua quasi delictorum hic recensitorum non unæ sunt differentiæ, v. g. judex per sententiam imperitam ipse damnum dedit, at paterfamilias ex cujus cœnaculo quid dejectum vel effusum est, item exercitor navis, cujus famuli factum commiserunt, tenentur de aliena culpa vel dolo; qui positum quid vel suspensum habet, quod nocere potest, si ceciderit, convenitur, etiamsi damnum nullum datum sit. Verum quidem est, exempla illustrant (uti proverbium habet,) etsi non probent, sed debet adesse res illustranda. Si definitionem posuisse Justinianus, exempla forte illustrarent, nunc cum id, quod exemplis illustrari debet, non propositum ab Imperatore, exempla non habent quod illustrent, sed prosunt saltem ad divinationem, quid Justinianus sub nomine quasi delicti intelligere voluerit. Diversitas in exemplis quasi delicti.

§. II.

Dissentiunt igitur Doctores in formando genuino conceptu quasi delicti. a) Nobis videtur verius, quasi delictum esse factum damnificans b) ad quod sola culpa dantis concurrit, non dolus. c) *Dissensus interpretum. Nostra sententia.*

a) Novissime B. Hoppius ad *hoc pr.* quasi delictum vocat, quod facto per se licito sed male applicato, adeoque sine dolo ejus, qui exinde tenetur, per consequentiam saltem committitur. Sed quemadmodum hæc definitio valde obscura est; ita differentiæ, quomodo videlicet differant verum B. Hoppii definitio quasi delicti.

Ejus differentiæ interverum & quasi delictum.

Dubia contra primam differentiam.

&quasi delictum, quas exinde format B. Autor multis dubiis obnoxiæ sunt. 1. dicit: *Verum delictum esse factum per se illicitum simpliciter improbatum: ut furari, damnum dare &c. quasi delictum vero non item: ut judicare, ex cœnaculo effundere &c.* Sed hic opponent dissentientes, nequaquam judicare, sed imperite judicare, & nequaquam ex cœnaculo effundere, sed per effusionem damnum dare, esse illa facta quasi delictorum hic recensitorum, adeoque ea non posse pro factis licitis sed male applicatis venditari, non magis ac reliqua facta omnia, per quæ cuicunque damnum datur. 2. Ait, *vero delicto directo quem offendi vel in rebus vel in personis, quasi delicto vero læsionis ansam magis præberi, quam læsionem.* Sed nec hic posterior assertio est universalis. Nam judex imperite judicans directo damnum dat, & lædit, non saltem læsionis ansam præbet, & tamen ex quasi delicto solum obligatur. Pergit: 3. *Quod in quasi delicto nullus interveniat dolus, in vero delicto autem semper interveniat, excepto damno injuria dato, quippe quod etiam culpa committi potest §. 3. J. ad L. Aquil.* Verum & hic opponent dissentientes, sufficere, quod ipse fateatur, differentiam non esse universalem, cum dubium maneat, quomodo quasi delictum differat a vero delicto damni injuria dati? 4. differentia in eo ponitur. *Quod verum delictorum certæ & nominatæ species sint, unde etiam speciales producant actiones; quasi delictorum vero incerta species sint, unde solum generalem producunt actionem in factum hoc t. tit.* Hic multa moneri possunt. (1) Si Autor putavit, verorum delictorum saltem quatuor illas esse species quæ recensentur *pr. J. de obl. quæ ex del. nasc.* fallitur. Nam v. g. corruptio albi, violatio sepulcri &c. sunt etiam vera delicta. Nec obstat hæc esse delicta producentia actiones populares. Nam actio de positis vel suspensis, quæ ex quasi delicto est, est etiam popularis. (2) Æque dubia est assertio, quod quasi delictorum sint incertæ species. Equidem cum exempla hic in titulo ab Impera-

Contra secundam.

Contra tertiam.

Contra quartam.

peratore recensita contineant certas ac determinatas & palpabiliter inter se differentes quasi delictorum species, præter quas an adhuc aliæ sint, dubito, &, si maxime fuerint, paucæ erunt facile ex pandectis supplendæ. (3) Quis vero dixerit, ex quasi delictis non speciales oriri actiones, cum singula quasi delicta habeant specialia nomina, speciales actores & reos, specialia ac diversa petita. (4) Actio in factum est quidem nomen generale actionum plurium, sed non est actio quædam generalis, ad quam refugiendum actionibus specialibus deficientibus. (5) Actionis in factum nomen vel prædicatur de actionibus prætoriis, vel de actionibus utilibus. Uterque significatus pro diversitate quasi contractuum videtur esse hujus loci, quod tamen ulterius prolixe explicare non multum intererit. vid. interim Dn. Præses *in Dissert. Lips. de Philos. jur. §. 146. 147.* Vinnius *in comment. ad hi tit.* quasi delictum vocat omne factum, quo quis proprie quidem non potest dici deliquisse, sed tamen quod est maleficio proximum. Verum & hic tamen dubium remanet, in quo proprie & perspicue consistant & natura delicti, & illa proximitas ad naturam delicti accedens, verumtamen ab ea differens Aliorum sententias referre piget.

Dubium circa Vinnii descriptionem quasi delictorum.

Quid sit factum damnificum.

b) Per factum damnificum intelligo factum non solum quod jam revera damnum dedit, uti est factum judicis male judicantis, dejectio vel effusio damnum dans, furtum in navi, caupona aut stabulo factum, sed & quod pronum est ad damnum dandum, ut factum, quo habetur aliquid positum vel suspensum, quod facile nocere potest. Ita enim & factum beneficum dicitur non solum illud per quod alterius utilitas promovetur actu, sed etiam per quod facile utilitas promoveri potest. Facti nomine autem, uti alias in jure non est infrequens, venit hic etiam non factum, uti in actione de positis vel suspensis illud *habere* non solum denotat factum positivum, si quis de novo ponat vel suspendat id, quod ab initio positionis vel suspen-

 sionis

ſionis facile nocere poſſit, ſed etſi rem ita ab initio poſitam vel ſuſpenſam ut non facile nocere poſſit, poſtea cum in eum ſtatum venerit, ut facile damnum dare queat, retineat, id eſt *non removeat* cum tamen removere jam deberet. Differt quaſi delictum per hunc conceptum facti damnifici, tam a contractu, quam a quaſi contractu, quorum fundamentum eſt factum vel beneficum, vel certe non damnificum. Nam contractus ſunt vel benefici vel non benefici, vel lucrativi, vel oneroſi, ubi non benefici vel non oneroſi tamen in ſe non ſunt damnifici. Similiter in quaſi contractibus negotiorum geſtio & tutela ſunt facta benefica; habere rem vel hereditatem communem, adire hereditatem, ſolvere indebitum, ſunt facta non quidem benefica, certe tamen non damnifica.

Differentia quaſi delicti a quaſi contractu.

c) Vera delicta omnia damnum dant alteri in bonis vel honore, ergo in hoc conceptu generali convenit quaſi delictum cum vero delicto. Differentia verorum & quaſi delictorum in eo conſiſtit, quod cauſa conſtituens verum delictum ſit proæreſis ſeu dolus, ut quis ſciens & volens alterum lædat, circa quod adeo non opus eſt, ut ſolliciti ſimus de textu juris Romani, cum illa eſſentia delictorum fluat ex communibus principiis moralibus. Sufficit, quod nullus textus monſtrari poſſit, qui doceat, JCtos Romanos ſecutos eſſe diverſa principia. Nam quod inſtantiam de Lege Aquilia attinet, ad illam mox reſpondebimus in ſequentibus. Quaſi delicta vero culpa conſtituuntur; nam id eſt quod Vinnius dicere volebat, proxime accedere ad delictum, atque idem innuit Imperator hoc pr. noſtro in verbis, *non ex maleficio obligatus videtur, & utique peccaſſe aliquid intelligitur licet per imprudentiam.* Quid clarius? imprudentia enim culpa eſt, non dolus. Cæterum quod Struvius *Exerc. 48. th. 8.* diſtinguat inter culpam propriam & alienam, & ex illa dicat oriri delictum imperfectum ex hoc quaſi delictum, cum aliena culpa in alterum redundet, ut is ex culpa præſumta teneatur, fateor me

Quaſi delictorum convenientia cum veris.

Differentia. Vera dolum requirunt.

Quaſi delicta culpam.

An alienam?

me non percipere. Nam præterquam quod judex male judicans culpam ipse committat, & in actione furti adversus nautas furtum non est culpa aliena sed dolus. Quamvis, quod de culpa præsumta idem addit, non est plane de nihilo, modo recte explicetur. Nimirum semper quidem culpa propria est fons quasi delictorum, sed culpa tamen est vel evidens vel dubia. Evidens est, ex imperitia nocere partibus per sententiam. Dubia est, habere servos vel famulos fures, inquilinos aliis dejectione vel effusione nocentes, habere quid positum vel suspensum quod facile nocere potest. Equidem verum est, dominorum negligentiam sæpe corrumpere servos & famulos, & locatorum indulgentiam corrumpere mores inquilinorum; & noxia reipublicæ est negligentia eorum qui positum vel suspensum quid habent, quod nocere potest civibus. Sed rursus ex altera parte verum etiam est, actiones servorum & in quilinorum non esse semper in potestate dominorum & locatorum, & delicta tenere debere suos autores, nec prætendi posse, ut quis in servitio suo aut in ædibus suis habeat homines sapientes, cum isti, si sint, certe sint rarissimi, & ut in proverbio apud nos est, oportat ut patres familias cum hominibus nequam & furibus vitam suam peragant; verum est, videri, pertinere ad perfectionem Reipublicæ cujusdam, sed Platonicæ, si quis indistincte pœnis coercere velit actiones civium, quæ damnum dare possunt, sed nondum dederunt. &c. Ergo necessaria hic fuit determinatio legis civilis, ut in datis casibus ob alias circumstantias, de quibus in explicatione singularum actionum agere solent Doctores; jus Romanum declaraverit, ista facta pro factis culposis esse habenda, seu, ut Struvius dicebat, subesse hic culpam presumtam.

Imo propri-um semper.

§. III.

Prima species quasi delicti est, si judex litem suam fecerit. a) Cum vero judex vel dolose vel per impru-den-

Quatenus judex male judicans vel

vere vel quasi delinquat. dentiam male judicando litem ſuam faciat, b) quarum priorem ſpeciem ſyndicatus neſcio cujus actione coerceri dicunt Gloſſatores, c) ex hactenus dictis ſua ſponſe ſequitur, huc pertinere ſaltem judicem ex imperitia peccantem, ita ut fluctus in ſimpulo moverint Gloſſatores, dum dubium ſibi formarunt ex eo, quod medicus imperite judicans teneatur actione legis Aquiliæ d) cum illud dubium nobis nequaquam contradicat. e)

Litem ſuam facere. a) Dicitur proprie *litem ſuam facere* qui quaſi cogitur litem, quam male terminavit, in ſe ſuſcipere, & hic ex judice fit reus. Dum nimirum ei, quem ſua ſententia læſit, de eo damno tanquam reus reſpondere, in ipſum eidem reſarcire, eumque indemnem ſervare tenetur. Ex Bachovio Hoppius *ad h. princ.*

Senſus pr. h. t. b) De imprudentia loquitur Imperator h. princ. cum Gajo *l. 5. §. 4. de Obl. & act. l. ult. de extraord. cognit.* Senſus enim eſt. *Si judex litem ſuam fecerit* (videlicet imprudenter judicando) *non proprie ex maleficio obligatus videtur*, (quia ad maleficium proprie tale requiritur dolus.) *ſed quia neque ex maleficio neque ex contractu obligatus eſt, & utique aliquid peccaſſe intelligitur, licet* (ut diximus non doloſe egerit, ſed) *per imprudentiam, ideo videtur quaſi ex maleficio teneri.* De dolo loquitur Senſus l. 15. de judic. Ulpianus *l. 15. §. 1. de judiciis. Judex tunc litem ſuam facere intelligitur* (potiſſimum) *cum dolo malo* (ut ſæpe fieri ſolet, non excluſa tamen ejus imprudentia) *in fraudem legis ſententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, ſi evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia, vel etiam ſordes, ut veram æſtimationem litis*

Sine cauſa hic quæri antinomiam. *præſtare cogatur. annot.* Etſi igitur Budæus *ad l. ult. de ædilit. edict.* putaverit antinomiam eſſe inter iſtam *l. 15. §. 1.* aſſerentem, judicem litem ſuam facere ſi dolo malo judicaverit, & *pr. Inſt. h. t.* ſtatuens, quod judex litem ſuam faciat, ſi per imprudentiam

dentiam judicet, jam tamen suo tempore recte respondit Cujacius *lib: 8. observ.* 10. istam antinomiam facillime conciliari. Nam utrumque esse verum, judicem litem suam facere, si dolo malo iniquam sententiam tulerit, & judicem litem suam facere, etiamsi per imprudentiam inique pronuntiaverit. Cæterum judex dolose judicans gravius punitur, quam qui ex imperitia peccat. Nam præter litis æstimationem punitur etiam famæ dispendio *L. fin. C. de Pœn. Jud. qui male judic.* imo si corruptus fuerit, criminis repetundarum etiam fit reus *l. 3. C. ad L. Jul. repetund.* Præter litis æstimationem etiam jus Canonicum alias pœnas dictat *cap. 1. de sentent. & re judic. in 6.* Sed de hac materia nos hic non sumus solliciti amplius.

Aliæ pœnæ judicum dolose judicantium.

c) Prodierunt Lugduni Anno 1560. Tractatus variorum de Syndicatu, puta, Baldi de Perusio, Angeli de Perusio, Cataldini de Boncampagnis, Amedei Justinii, Paridis de Puteo, & Augustini Dulceti Veronensis. In nullo tamen horum autorum, deprehendes vel volam vel vestigium, unde inquisitio in acta & gesta judicum (nam tam late patet vox Syndicationis) syndicatio appelletur, imo ne quidem accuratam definitionem Syndicationis hujus aut Syndicatus, sed fere non nisi centones materiarum male cohærentium exhibent illi autores, & qui reliquis prolixior est, Paris de Puteo pene omnem doctrinam de excessibus, & de processu vario isti farcimini infarxit. Agit enim de excessibus Imperatorum, Regum, Baronum, militum, Consiliariorum Regiorum, advocatorum, potestatum terrarum & suorum officialium, judicum, assessorum, nuntiorum, Syndicorum, familiarum eorum &c. de potestate & officio Syndicatorum, de barattariis officialium & eorum ministrorum, de compositionibus, capturis, carcerationibus, executionibus injuriosis, extorsionibus, inquisitionibus, contumaciæ pœnis arbitriis, probationibus, testibus, statutis, sententiis male latis, corruptio-

Tractatus variorum de Syndicatu.

nibus, de indiciis & torturis, pœnis & præceptis spretis, præsumptionibus officialium, libellis, appellationibus, solennitatibus judicialibus omissis per judices in sententiis, de potestate judicum & reliquis omnibus secundum ordinem Alphabeti. Id ergo saltem observemus, jam Baldi tempore circa finem Seculi 14. Syndicationis vocem pro inquisitione in mores judicum & actione contra eos instituta, fuisse usurpatam, & constanter a Glossatoribus sequentibus retentam. Equidem Gallis *Syndiquer*, Italis *Sindicare*, Hispanis *Sindicar* idem significat ac poscere rationes administrationis, item actiones alterius sub censuram vocare, sed cui nationi ex his tribus prima inventio tribuenda sit, in obscuro est. Nisi me tamen omnia fallunt, debetur iste terminus Italis & aulæ Pontificiæ, unde postea mediante Clero Pontificio ad reliquas gentes translatus est. Ita jam anno 1254. Innocentius IV. referente Dufresnio *in Glossario mediæ latinitatis* hac voce usus est in bulla quadam. *Teneatur potestas seu Rector infra 10. dies sui regiminis* syndicare *præcedentem proximo potestatem vel Rectorem, & ejus etiam assessores per tres viros Catholicos & fideles electos ad hoc per diœcesanum.* Haud dubie vero excommuni illo Glossatorum usu, termini isti Syndicatus & Syndicationis ac Syndicatorum in leges Imperii Germanici publicas irrepserunt. Vide Recess. Ratisb. *1532. tit. 2. §. 17.* Ord. Cam. *1555. Part. I. tit. 51. Part. 3. tit. 53. §. 2. 6. 10.* Recess. Spir. *1557. §. 23. 24.* Recess. August. *1559. §. 60. 61. 62. 63. 64.* item Ferdinandi III. Ordin. Jud. Aulici *de anno 1654. tit. 5. §.* dafern sich nun. Recess. Imp. *1654. §. 157.* Quamvis autem Schwendendörffer *Summar. act. forens. expos. c. 3. sect. 2. membr. 43.* actionem de Syndicatu dublicem statuat, unam ob dolum male judicandis, alteram ob culpam; videtur tamen & intentioni Pontificis *in d. cap. 1. de sent. & re judicat. in 6.* & recessibus imperii, potissimum Ord. Cam. *Part. 3. tit. 53. §. 6. seq.* & Recess. Imp. 1654. esse convenientius, statuere, actionem de Syndicatu pertinere saltem

Syndicationis vox unde orta.

Sæpius occurrens in Recess. imperii.

An etiam pertineat ad judices imperite judicantes.

tem

tem ad judicem dolose agentem. Conf. Joh Gravii *differt. de judicio Syndicatus p. 7. & 17.*

d) Cur enim inquiunt, Judex per imperitiam male judicans ex quasi delicto, medicus autem per imperitiam male secans ex vero delicto, & Legis Aquiliæ actione tenetur? *§. 7. Inst. de L. Aquil. l. 17. §. fin. ff. eod.* Sunt quidam, qui de danda idonea diversitatis ratione desperantes etiam judicem ex vero delicto teneri arbitrantur, inter quos præcipue Donellus *lib. 15. Jur. Civil. c. 27. in fine.* Sed horum sententia manifeste repugnat *huic principio nostro.* Alii dicunt, ideo Medicum conveniri actione Legis Aquiliæ, quia Medicus male secans & curans directo damnum dat in corpus, adeoque vere delinquit. Non ita judex. Judicare enim factum civile est, & ab intellectu dependens, quo directo nullum damnum in corpus datur, nulla res læditur, secare vero & curare factum naturale est, & corporeum, quo directo damnum datur in corpus, & sic, si culpa factum, L. Aquilia vindicatur. Ita post alios Hoppius ad *h. princip.* Sed hæc responsio dubium propositum omnino non tollit, sed novos nectit nodos. An ergo ideo Judex imperite judicans quasi delictum committit, non verum, quia judicare ab intellectu dependent? Itaque & judex dolo malo judicans committet saltem quasi delictum; itaque & autor libelli famosi committet quasi delictum, quorum utrumque tamen repugnat communi conceptui de veris delictis & inprimis nostro *princip. Inst.* Deinde ista responsio ostendit saltem, judicem non conveniri posse actione directa Legis Aquiliæ, ut medicum, non docet, medicum vere delinquere, sed saltem præsupponit, non docet judicem non conveniri posse actione utili Legis Aquiliæ, seu in factum, qua conveniuntur, qui nec corpore, nec in corpus damnum dederant *§. ult Inst. de L. Aquil.* Audiamus tamen porro dissentientes. Accedit, inquiunt, quod æquum sit, ut lenius puniatur judex, qui publicum mu-

Dubium quod Medicus imperitè secans vere delinquat.

Responsio Donelli rejicitur.

Responsio aliorum.

Quæ & ipsa falsitatis convincitur.

Tertia Responsio.

nus, ad quod cogi poteſt, gerit, quique etiam ibi, ubi non advertit, labi poteſt, quam cum Medico, qui privatim ſuoque arbitrio peritiam artis ſuæ profitetur. Sed nec hæc differentia ſatisfaciet lectori a præjudicio autoritatis vacuo.

Rationes & hanc rejiciendi.

Nam (1) inquirendum foret, an judices pedanei, de quibus agit principium noſtrum, coacti fuerint ad judicandum aqud Romanos. (2) Quamvis etiam hodie haud dubie judicis officium eſt munus publicum, tamen hodie ad munera publica non amplius coguntur homines, ſed ea ultro ambiunt, ergo ſaltem illa ratio non quadraret ad mores hodiernos. (3) Etiam Medicorum quorundam ut Archiatrorum hodie eſt munus pubiicum. (4) An ergo Archiater imperite ſecans non conveniri poterit ſecundum principia juris Romani actione L. Aquiliæ? Imo (5) an judex doloſe pronuntians quaſi delictum committet, quia ad officium ſuum cogi potuit. (6) Falſum eſt judicem imperite judicantem mitius puniri Medico, quod latius exponetur *§. ſeq.*

Noſtra reſponſio.

e) Nimirum falſum eſt, medicum imperite ſecantem teneri ex vero delicto, falſum eſt, judicem per imprudentiam male judicantem non teneri actione Legis Aquiliæ. Prius quod attinet, nuſquam id aſſeritur in jure noſtro. Nec etiam ulla eſt conſequentia: Medicus imperite ſecans tenetur actione Legis Aquiliæ, ergo tenetur ex vero delicto. Aut enim nulla dari poteſt perſpicua differentia inter verum & quaſi delictum, quod abſurdum eſſet, aut dicendum, Legem Aquiliam una fidelia coercere & verum & quaſi delictum, prout nempe damnum vel dolo vel culpa datum eſt. Vide latius ea, quæ eum in finem diſſerit Dn. Præſes in novis addit. ad Huberi *Prælect. ad Inſt. h. t. p. 355. ſeq.* De poſteriori ſtatim videmus.

§. IV.

Ad quid te-

Tenetur vero judex imperite judicans actione in factum

ctum a) id eſt, utili Legis Aquiliæ b) & in quantum ea de re æquum religioni judicantis viſum fuerit, pœnam ſuſtinebit, c) id eſt condemnabitur in veram litis æſtimationem, uti doloſe judicans, d) reliquis tamen pœnis judicis dolo malo litem ſuam facientis non ſubjacet. e) *netur imperite judicans.*

a) Ita enim diſerte Gajus *l. ult. de extraord. cognit.* Cur vero Tribonianus reliquia Gaji verba in principio noſtro repetens hæc ſola omiſerit, ipſe viderit. **Probatio de actione in factum.**

b) Notum equidem eſt, quod actionem utilem Legis Aquiliæ, & actionem in factum inter ſe mira differentia inventa diſtinguat Tribonianus *§. ult. Inſt. de L. Aquil.* Sed iſtum errorem jam ſatis palpabiliter oſtendit Dn. Præſes *in novis additionibus ad Huberi Prælect. ad Inſt. de L. Aquilia §. 7. p. 344.* Ubi ſimul reſponſum fuit ad objectionem, quod aliquando actiones in factum prædicentur de actionibus prætoriis. Quæ noviſſime B. Beyerus *in poſit. ad Pand. tit. ad L. Aquiliam* objecit, quod actiones quæ ex ſententia legis Aquiliæ dentur, ſemper vocentur actiones in factum, nunquam utiles, ad ea jam reſpondit *Dn. Præſes in notis ad Inſtit. p. 250.* **Hanc nullam eſſe aliam quam Actionem L. Aquiliæ utilem.**

c) *princ. noſtr. & l. ult. de extraord. cognit.* Notandum vero, pœnæ vocem alias etiam in jure improprie pro uſuris & omni intereſſe accipi *l. lecta 40. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de eo quod certo loco.* Ergo non ſtatim ex voce pœnæ inferendam hic eſſe actionem pœnalem ad pœnam proprie dictam tendentem. **Pœna pro uſuris vel intereſſe.**

d) Equidem alii differentiam hac parte inter actionem adverſus judicem doloſe judicantem & ex imprudentia peccantem agnoſcunt, ut ex illa judex condemnetur ad veram, id eſt totam litis æſtimationem *d. l. 15. §. 1. de judic.* ex hac vero ſaltem in tantum, quantum judici æquum viſum **An aliter condemnandus judex doloſe aliter ex imperitia judicans?**

visum fuerit. Vid. Illustris Coccejus *de judice jus ignorante cap. 2. §. 6.* vel ut alii volunt ad mulctam arbitrariam. Huberus *in prælect. ad h. t. §. 2.* Hopp. *ad pr. Inst. h. t. verb. teneri.* Posteriores decepit vox *pœna*, quam proprie acceperunt. * Sed hi cogitare debuissent, hoc pacto deteriorem quodammodo reddi conditionem judicis imperite judicantis, si actione pœnali proprie dicta conveniretur, cum dolose judicans saltem conveniri posset actione rei persecutoria, in qua difficile sæpe est actori, ut probet damnum ipsi per sententiam a judice esse datum, & dolum a judice esse commissum, cum contra facilius sit probare imperitiam judicis. Priorum opinio hactenus æquior est, quod utrobique videantur vel judicem condemnandum esse ad restitutionem damni actori dati, & quidem si dolosum sit judicis factum, ad totam æstimationem, si saltem imprudens, ad partem aliquam a judice æstimandam pro gradibus forte imprudentiæ variantibus. Ita enim mitius punietur judex imprudens, quam dolosus. Sed quemadmodum alias in casu L. Aquiliæ non mitior est actio adversus damnum per culpam dantem, quam est adversus hominem dolosum, ita maluimus etiam actionem hanc nostram ex quasi delicto explicare, quod quoad restitutionem damni conveniat cum actione ex vero delicto contra judicem dolose judicantem, ut utrobique condemnetur reus in veram litis æstimationem. Saltem exponendum est, cur Gajus vocem *pœnæ* hic adhibuerit, & clausulæ *ex æquo & bono* mentionem fecerit. De pœna jam diximus nota præcedente. Adde quod in casu imprudentiæ judex, veram litis æstimationem solvens hactenus *puniatur*, quod nullum lucrum ex imperitia sua senserit, cum contra judici dolo malo sententiam pronuntianti sæpius auferatur saltem per veram litis æstimationem lucrum, quod ex corruptione hactenus senserat. Quod porro verba attinet: *quantum ea de re æquum religioni judicantis visum fuerit*, ea videtur non sine gravi ratione adhibuisse Gajus, nec

[Margin notes: Respondetur affirmantibus. — Ratio sententiæ negativæ. — Cur pœnæ vocem hic adhibuerit Gajus? — Cur æqui & religionis judicantium]

nec ſimpliciter condemnationis in *veram litis æſtimationem* feciſſe mentionem. Nimirum doloſe judicans indiſtincte videtur condemnandus eſſe in veram litis æſtimationem, at ex imperitia litem ſuam faciens regulariter ſaltem, ſi aliæ circumſtantiæ non ſvadeant, religioni judicantis, mitius eſſe condemnandum reum. Scilicet notum eſt, culpam damnum patientis concurrentem cum culpa damnum dantis, ſolere attendi a judicibus, ut vel plane non condemnetur reus, vel mitius. Ita v. g. in contractibus, qui parum diligentem ſociun aſſumit, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet *§. ult. de ſociet.* Ita ſecurus eſt depoſitarius, qui parum diligenter cuſtoditam rem furto amiſerit, quia qui negligenti amico rem cuſtodiendam tradit, non ei, ſed ſuæ facilitati id imputare debet, *§. I. quib. mod. re contrah. oblig.* Ita in ipſa lege Aquilia, qui propter imperitiam aut infirmitatem equum retinere non potuit, damnum domino equi datum reſarcire tenetur. *§. 8. Inſt. de Leg. Aquilia.* Sed quid ſi dominus imperito huic & in firmo imperitiam ſuam aut infirmitatem allegenti, equum ducendum, aut ad equitandum dederit, non video qua ratione damni dati reparationem ab eo poſtulari poſſit. Adde *l. 9. §. 4. l. 10. pr. in fine ad L. Aquil.* Ergo reſpexiſſe videtur Gajus in verbis recenſitis ad ſimilem caſum, ſi videlicet is, cui per imprudentem ſententiam Judex damnum dederit, ipſe æquali vel majore culpa ſimul damnum iſtud ſibi procuraverit, ut tum ex bono & æquo judex vel abſolvatur, vel non totius damni reſtitutione puniatur. Et hoc probe notandum eſt ob quæſtiones alias, de quibus in ſequentibus. Unicum adhuc dubium eſt removentum, antequam progrediamur ulterius, qua fronte aſſerere potuerimus ſupra, judicem ſive doloſe ſive imprudenter judicantem teneri actione Legis Aquiliæ, cum tamen hic fateamur aperte, actionem adverſus judicem eſſe mere rei perſecutoriam, in actione vero Legis Aquiliæ, quem condemnari in quantum res plurimi fuerit, primis Juſtinianeis con-

mentionem fecerit.

Culpa damnum patientis concurrens cum culpa damnum dantis, quid operetur.

Removetur dubium quod in judice non locum habeat actio Legis Aquiliæ.

constet. Sed salva res est. Illud quanti res plurimi fuerit, attendendum est in actione directa Legis Aquiliæ imo & in utili, si modo casus sit applicabilis. At in nostra quæstione si judex imperite judicaverit, non occurrit casus ubi istud, quanti res plurimi fuerit, applicari possit.

Judex ex imperitia judicans non fit infamis.

e) Quarum supra mentio facta *ad §. 3. lit. b. circa finem.* Et quidem quoad pœnam infamiæ non solum citata ibi *l. ult. C. de pœn. judic. male judic.* probat, judicem ex imperitia judicantem ex intentione juris Romani non fieri infamem, sed & clarius id evincit *§. 2. Inst. de pœn. temere litig.* argumento verborum bis *ibid* occurrentium *injuriarum*, *de dolo*, & iterum *injuriarum aut de dolo*, utpote quæ perspicue innuunt, non indistincte ex actione Legis Aquiliæ contemnatum fieri infamem, sed tunc demum, si damnum dolo dederit, atque adeo simul illustrant nostram sententiam, quod Lex Aquilia hactenus saltem oriatur ex vero delicto, si damnum dolo sit datum; inprimis si statim verba mox sequentia: *utrum ex delicto aliquis* &c. præcedentibus jungas.

Explicatur §. 2. Inst. de pœn. tem. litig.

Sensus l. 7. de publ. judic.

Non obstat, quod Macer *in l. 7. de publ. judic.* saltem furti, vi bonorum raptorum & injuriæ faciat mentionem, unde B. Beyerus *in posit. ad Inst. de pœn. tem. litig. pos. 28. lit. h.* negavit ex L. Aquilia damnatum fieri infamem. Neque enim omissio JCti ita exponenda, quasi negaverit, unquam ex L. Aquilia damnatum fieri infamem, sed quod observaverit, id in Lege Aquilia non indistincte fieri, uti in reliquis delictis privatis, neque tamen voluerit istam quæstionem distinctius exponere, tanquam ad institutum suum non adeo pertinentem. Desumta enim est hæc lex ex libris Macri, quos de publicis judiciis scripsit: Id vero valde miror, quod B. Hoppius sententiam, quod ex L. Aquilia damnati non fiant infames, probare voluerit *arg l. pen. ad L. Aquil.* Ubi Paulus ait, mulierem, si in rem viri damnum dederit, *pro tenore L. Aquiliæ conveniri.* Etsi enim facile concedamus,

Et l. penult. ad L. Aquiliam.

mulie-

mulierem in rem viri etiam dolo damnum dantem, non fieri infamem ex principiis etiam juris Romani, hoc tamen referendum erat ad exceptionem, non inde formanda regula ad alias etiam perſonas dolo damnum dantes &c.

§. V.

Cum vero principium noſtrum de judice loquatur, & quidem pedaneo, neque adeo de magiſtratu judicem dante veroſimile ſit Gajum etiam voluiſſe intelligi, a) multo minus vero de arbitro ſecundum principia genuina Jurisprudentiæ intelligi poſſit, etſi communiter contrarium ſtatuant; b) de reliquis perſonis, ad quas nonnulli deciſionem Gaji extendunt, puta arbitratoribus, examinatoribus teſtium, executoribus, advocatis, tabellionibus, notariis c) hic vel ideo non erimus ſolliciti, quia tempus omnium rerum cariſſimum ſine fructu perderemus, diſputantes anxie de extenſione doctrinæ juris, cujus exiguum uſum practicum docebunt ſequentia.

An actio hæc etiam detur contra Magiſtratum, arbitros, arbitratores. &c.

a) Puta de Prætore, præſide &c. Hi enim ſi per imperitiam juris & legum iniquum jus ſtatuerint, non puniuntur, ſed aſſeſſores eorum *l. 2. quod quisque juris.* Quia videlicet ſe aſſeſſor pro jurisperito agit, & ſcientiam adeo juris præſtare debet, prætor vero vel præſes, ſe pro jurisperito non agit, & plerumque nec juris peritus eſt, ſed vir militaris ex nobiliori familia quadam, qui arma potius callet quam leges. Ita vero fiebat, ut quicquid decerneret prætor vel præſes, id decerneret ex conſilio aſſeſſoris & ipſo etiam aſſeſſore ſuggerente verba. Cujacius *lib. 22. obſ. ult.* ubi etiam locum Senecæ *lib. 1. de tranquill. animi* ex vetuſtiſſimo codice emendat: *Qui inter peregrinos & cives aut urbanos prætor adeuntibus ASSESSORIS verba pronunciat*, cum in vulgaribus legatur

Non datur hæc actio contra magiſtratum.

tur *assessoribus*. Alios pro hac sententia citat Wissenb. *exerc. 42. ad pand. th. 15.*

Nec contra arbitros.

b) Equidem si de arbitro dolo malo pronuntiante loquerentur Doctores, controversiam iis non moverem, quo refero ea, quæ habet Gravius de iudicio Syndicatus *c. 6. th. 5. p. 66.* item Cataldinus de Boncampagnis *de Syndicatu n. 41.* Paris de Puteo *de Syndicatu sub voce lis sua c. 3. n. 2. p. 315.* per *l. 29. C. de pactis.* At de arbitro per imprudentiam peccante miror, sequentia excidisse acutissimo alias Wissenbachio *d. th. 15. An arbiter, qui imperite arbitratus est, huic actioni in factum sit obnoxius? Fit arg. l. 1. de rec. arb.* Videamus argumentum. *Compromissum*, inquit Paulus, *ad similitudinem iudiciorum redigitur, & ad finiendas lites pertinet.* Bene, sed hoc simile non est extendendum ultra tertium. Multæ sunt etiam differentiæ inter iudices & arbitros, hoc loco non exponendæ prolixius. Illa tamen hoc loco potissimum attendenda, quod partes litigantes sibi non eligant iudicem, uti partes in arbitrum compromittentes, & quod iudices ex classe JCtorum peritiam iuris profitentium apud Romanos fuerint electi, at arbitri sæpius eligantur a partibus, qui iuris imperiti sunt. Sensit forte hanc differentiam, quamvis paululum obscurius loquatur, Paulus Voëtius *in commentario ad pr. Inst. h. t. p. 393. Quæ dicta*, inquit, *de iudice pedaneo, eadem arbitris applicanda videntur, quod arbitria ad similitudinem iudiciorum sint redacta* l. 1. ff. de recept. qui arbitr. recep. *nisi hoc mutatum videri possit* per Nov. 82. cap. 11. At vero nihil reperio in *d. c. 11. Nov. 82.* unde dici possit, quoad hanc quæstionem in genere Justinianum ius antiquum mutasse. Quin potius ex initio *d. c. 11.* argumentum petimus pro nostra sententia. Dicit enim Imperator, quod ob electionem iudicum leges penitus ignorantium multæ apud ipsum fiant interpellationes. At vero quo colore illi, qui tales iudices ipsi eligunt, adeoque in culpa sunt, iudices ex imperitia peccantes convenire pos-

Respondetur dissentienti Wissenbachio.

Et Paulo Voëtio.

Probatur nostra sententia.

possent, ob ea, quæ distinctius notavimus *ad §. anteced. lit. d.* Illustrare liceat sententiam nostram exemplo simili. Medicus imperite secans tenetur actione legis Aquiliæ. At elegit quis medicum imperitum. Casum eiusmodi proponit Matthias Abele *Parte 2. cas. 28.* **Der seltzamen Gerichts-Händel.** Ein Pferde-Artzt machte einen Esel sehend, und als er einen Menschen mit blöden Augen auf sein selbst Anbegehren helffen will, wird der arme Patiente gantz stockblind, und deswegen der Pferde-Artzt gerichtlich vorgenommen. **Entschuldigung:** Der Kläger wisse wohl daß er, Beklagter, nur ein grober Schmid, und nur der Pferde, keineswegs aber der Menschen Artzt sey; Und weil demnach der Kläger diejenige Artzeney, welche dem Esel gelungen, von ihme begehret, als habe er solche demselben auf seine selbst eigene Wagnüß und Gefahr folgen lassen, habe auch ihme mehrers nicht hinaus gegeben, als was er sonsten in dergleichen Fall für einen gemeinen Esel zu gebrauchen pflege, ꝛc. **Bescheid:** Der Beklagte wird von der gesetzten Klage ledig und müßig, hingegen dem Kläger seine eigene dabey unterlossene Schuld und Unachtsamkeit verwiesen. Et illustratur exemplo de medico.

c) Ita Wissenbachius *d. th. 15.* postquam asseruisset, hanc actionem dari etiam contra arbitros, statim subiungit. *Sunt, qui ad arbitratorem, examinatorem testium, executorem, tabellionem seu notarium eandem actionem producunt. Male.* Contra in notariis seu tabellionibus idem ius servari vult Paulus Voëtius *ad nostr. princ. p. 393.* quod etiam peritiam aliquam profiteantur *arg. l. si quis in conscrib. in fin. Cod. de pact. l. fin. Cod. de magistr. conv.* De advocatis idem fluctuat, an conveniri possint actione legis Aquiliæ, de eo tamen non dubitat, quin advocatus saltem de dolo, & parti læsæ ad id quod interest, teneatur. In Paridis de Puteo tractatu de Syndicatu sub singulis harum personarum rubricis & titulis plura afferri poterunt pro sententia, quam reiecit Wissenbachius, quamvis ibi magis agatur de iudice dolose iudicante, & iam aliquo-

Wissenbachii sententia de arbitratore &c.

Pauli Voëtii.

Et aliorum.

ties dixerimus, differentias esse inter actionem contra judicem dolosum & culposum. Id tamen maluissem, ut Wissenbachius rationem addidisset, cur ita recedat a sententia fere communi. Sane contra has personas ut detur eadem actio, fortior videtur militare ratio, quam contra arbitros. Nam & eorum imperitia cur non culpæ debeat annumerari, nulla videtur subesse ratio dubitandi, nisi tamen forte concurrat culpa ejus, qui damnum ab eorum imperitia patitur, quod tamen regulariter fieri intuitu dictarum personarum nemo dixerit.

Judicium generale de hac controversia.

§. VI.

Huc non pertinere imprudentiam judicis in causis criminalibus & processu civili præter sententiam.

Cum vero Justinianus in institutionibus h. t. non agat de causis criminalibus, aut publicis judiciis, a) sed de jure privato & causis civilibus, ac præterea sermo sit de judice male judicante h. e. litem secus ac par est, definiente, b) inde huc non pertinent quæstiones de judice male procedente ex imperitia in causis criminalibus, c) nec de judice officium suum in reliquis processus civilis partibus, v. g. citatione, litis contestatione, probationibus &c. negligente. c)

Criminalia huc non pertinere probatur.

a) Agitur enim in hoc titulo de jure privato *arg. §. ult. Inst. de just. & jure.* Criminalia vero & publica judicia pertinent ad jus publicum, de quibus agitur *tit. ult. hujus libri.*

Item agi hic de sententia definitiva.

b) Unde supra *§. 3. lit. a.* diximus litem suam facere judicem, qui male litem terminavit. Et male judicare hic est, male sententiam dicere. Sententiam vero dicere existimamus eum, qui ea mente quid pronunciat, ut secundum id discedere partes a tota controversia velit, ut Paulus docet *l. 19. §. 1. qui arbitr. recep.* Adde *rubr. Cod. de sentent. & interlocut.*

Obiter de judice in criminalibus male procedente.

c) Nullum vero est dubium, quin judex etiam in criminalibus multa & graviora damna inferre possit, partim dolo malo, partim ex imperitia, reis v. g. incarcerando reum in

in causa ubi pœna corporis afflictiva locum non habet, injuste torquendo &c. Imo secundum jus Justinianeum si causa sit criminalis, bona in super judicis dolosi publicanda erunt & ipse in exilium mittendus. Brunnem. & Perez *ad tit. C. de Pœna jud. male judic.*

d) Nimis enim vagaremur extra oleas, si de officio judicis circa totum processum vellemus esse solliciti. Interim speciminis loco hic esse poterunt, quæ tractavit illustris Coccejus *de judice jus ignorante cap. 2. §. 7. & 8.* de judice imperite versante circa citationem, item *§. 13.* circa dijudicandam litis contestationem. &c. Et in aliis partibus processus civilis.

§. VII.

Quæ culpæ judicis huc pertineat?

In eo vero dissentiunt Doctores, utrum ob imprudentiam saltem crassam & supinam conveniri possit male judicans a) an etiam ob levem vel levissimam? b) Posterior sententia, si theoriam spectes c) principiis juris Justinianei videtur convenientior, si modo omnis imperitia judicis culpa sit. d)

a) Ita Hoppius ad *hoc princ.* putat requiri hic imprudentiam crassam & supinam, ejus scilicet, quod quis ipse jure merito nosse, vel ex prudentioribus discere debuisset, veluti si judex in iis, quæ certo jure constituta sunt, impingit; secus ergo esse, si causa admodum dubia fuerit, de qua inter prudentissimos etiam non satis constet, sic enim judici nihil posse imputari. [illegible]am putat Hoppius.

b) Contra illustris Coccejus *d. c. 2. §. 5.* ita distinguit. Si imperitia juris peccat judex, indistincte tenetur, quia omnis, etiam levissima imperitia culpæ annumeratur in eo, in quo peritia requiritur. In cæteris vero, ubi non offendit ignorantia juris, sed alias per imprudentiam vel negligentiam quid committitur, dici potest, per culpam saltem levem id effici ex *l. 7. ff. de magistr. conven.* Alii etiam levem & levissimam.

 c) Nam

Distinctionem culparum in praxi non magnum habere usum.

c) Nam in ipsa praxi distinctionem culparum in latam levem & levissimam in genere non habere magnum usum, *peculiari Dissertatione* ostendit Dn. Præses. Unde etiamsi ipsa actio contra iudicem male iudicantem esset apud nos in viridi observantia, distinctio tamen ipsa culparum & hic magis ad iucundas speculationes theoreticas pertineret, quam ut multum conduceret ad definiendas quæstiones practicas. Ita quamvis Illustris Cocceius in thesi dissentiat a B. Hoppio & nos cum ipso, in eo tamen credo sententia Hoppii dissentientem non habebit, quod iudici nihil possit imputari, si causa admodum dubia fuerit, de qua inter prudentissimos etiam non satis constet.

Probatur iudicem teneri etiam ex culpa levissima.

d) Diximus enim supra, actionem contra iudicem etiam ex imperitia male iudicantem esse actionem utilem Legis Aquiliæ. Sed actio Legis Aquiliæ datur etiam ob damnum ex culpa levissima datum *§.3. Inst. de L. Aquil.* Alia vero quæstio est, an Imperitia levis & levissima sit culpa? Quod quidem communiter asseritur, sed de quo videbimus *infra. §.16.*

§. VIII.

Quid si secundum aut contra communem opinionem judicaverit?

Istud tamen non multum referre arbitror an judex secundum communem opinionem pronunciaverit an contra eam. Etenim pro variatione circumstantiarum poterit imperite judicasse, etiamsi secundum communem opinionem id factum fuerit, & poterit etiam sententia judicis imprudentia carere, si ea repugnet communi opinioni. a)

a) Ita Paulus Voëtius ad *hoc princip. p. 392.* recte notat, litem suam facere iudicem, non quidem, si non secundum communem opinionem iudicaverit, quæ quandoque communis error est *l. 1. §. 6. C. de V. I. E.* Vaud. *l. var. quæst. 10.* Henricus Nebelkræ *decis. qu. 1.* Tractat etiam hanc quæstionem Georg. Schulz *in synopsi instit. ad h. t. lit. a.* & respondet:

det: esse quidem vulgatam Theoricam, tam in iudicando, quam consulendo communem opinionem sequendam esse secundum Canonistas *in cap. canonum statuta 1. de constit.* sed hoc verum esse, nisi evidenter & notorie communis opinio sit falsa, vel possit bonis & probabilibus rationibus convinci secundum. Dd. *per d. cap. & cap. capellanus 4. de feriis & cap. Nicana 12. dist. 31.* tum enim communem errorem ius non facere per ea, quæ post alios tradit Matth. Wesenb. *cons. 1. n. 17.* vbi subiicit, quod potius in veritate legum detecta, quam erroneis Dd. opinionibus, licet communibus, acquiescendum sit.

§. IX.

Quodsi iudex pronunciaverit secundum consilium collegiorum iuridicorum, mallem simpliciter dicere, tum, si imperite iudicatum fuerit, teneri collegia iuridica hac actione, non iudicem, a) quam multis distinctionibus adhibitis rem expedire. b) Nisi forte dolose aut per culpam iudex seduxerit collegium iuridicum, c) vel consultores pro lubitu sibi elegerit imperitos. d) *Quid si secutus fuerit consilium collegii iuridici?*

a) Ita enim Paulus *l. 2. ff. quod quisque iur. Si assessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi assessori.* Non alia autem est ratio, ut bene notavit Zieglerus *dicast. concl. 45. §. 6.* quod hoc negotium attinet, iurisperitorum. Uti enim illic magistratus ius dicit ex consilio assessoris, ita hic ex consilio prudentum, qui assessorum partes supplent. Adde quod in *Const. Crimin. passim* & in aliis legibus imperii ac provincialibus iudices iubeantur in dubio consilia prudentum petere & sequi, nec possint sententias istas ab actis removere. Vid. Dn. Præses *integra dissert. de iudice sententiam in causis criminal. ab actis removente.* Et ipse Zieglerus *d. tr. concl. 42.* latius ostendit, peccare iudicem, qui cum plures sibi habeat adiunctos iudices, Tenebitur collegium iuridicum non iudex.

ces, litem non ex pluralitate ſententiarum, ſed ex ſua ſibique adhærentium opinione dirimat.

Variæ diſtinctiones Ziegleri.

b) Unde miror, Zieglerum *d. concl. 45. §. 7. ſequentibus* diſtinctionibus hic uſum fuiſſe, rem magis implicantibus quam explicantibus. Putat igitur, intereſſe circa hanc quæſtionem, utrum judex conſilium prudentum requiſiverit ſponte, & ſola ſua voluntate motus, an vero ex conventione partium. Si prius, diſtinguendum iterum eſſe, ac videndum, utrum judex iniquam ſententiam ſecutus fuerit bona fide, eam juſtam & æquam eſſe credens, an vero ſciens prudensque ex iniquo pronunciaverit conſilio. Priori caſu putat excuſatum eſſe judicem, & tum procedere ſententiam Pauli ante memoratam de imprudentia aſſeſſoris: Etſi enim optandum eſſe, ut judiciis tales ſemper præficerentur viri, qui ipſi juſtum ab injuſto dicernere valerent, quia tamen in quavis univerſitate & civitate id obtineri ſemper non poſſit, cum multis in locis viros legum plane imperitos, etiam militares quandoque conſtituere oporteat judices & Magiſtratus, nihil ipſis vitio verti poſſe, ſi, quod ad requiſitionem ſuam acceperint conſilium prudentum, an juſtum ſit, explorare nequeant. Poſteriori vero caſu, quando ſciens prudensque iniquum ſequatur conſilium, nullo modo excuſari judicem, ſed iisdem legibus, quibus teneatur ille, qui injuſtam ſententiam pronunciavit; quam in rem etiam allegat autoritates aliorum JCtorum. In hoc vero caſu non vult ulterius diſtinguere Zieglerus, utrum ipſe judex peritus ſit, an imperitus: quia tum manifeſta ſæpe poſſit ſubeſſe iniquitas, ut a quovis etiam imperito obſervari queat. Et ſufficere ſcilicet, judicem hujus iniquitatis non ignarum eſſe ſed ſcientem ejusmodi ſententiam ſequi; Quanquam augeatur facinus, ſi ipſe quoque peritus fuerit, quippe qui tum conſilium acceptum cum integris actis diligenter conferre, & quatenus illis reſpondeat examinare

nare

nare teneatur. Quando autem ex partium conventione periti consulti fuerint, interesse porro, utrum ipsi litigantes elegerint peritos, ad quos mittere debuerint acta, an vero liberum reliquerint judici, ut ipse eligat, & de transmissione tantum in genere convenerint. Priori casu nihil imputari posse judici, ut maxime etiam sciens prudensque iniquam istam publicaverit sententiam, quia videlicet tum compromiserint partes in prudentes istos, & judex tum nudum suum contulerit ministerium; sibi ergo habere eos debere, si quid iniqui receperint, a quibus justitiam expectaverint; neque tum judicem delicti alicujus reum eos facere posse, præsertim, si nihil ille omiserit, quod diligentem & sollicitum judicem deceat. Posteriori vero casu si judex in eligendis consultoribus culpam admiserit, & non idoneos elegerit, dubium non esse, judicem talem culpæ reum esse, perinde ac si ipse sententiam iniquam tulisset; Quia enim hoc ab utroque litigante ejus fidei commissum fuerit, ut eligat viros probatæ eruditionis & diligentiæ, qui controversiam & litem dirimant, peccare utique, si tales elegerit, quorum vel incognita plane, vel parum celebris sit peritia, præsertim, quando non procul dissiti sint peritiores. Augeri delictum, si causa fuerit ardua, & vel vitam vel famam hominis, vel maximam facultatum partem concernat. Unde si judex plurimorum eruditorum copiam quasi præsentem habeat, & tamen extranei minus eruditi consilium quærat, puniri eum debere; recte statuere Hartm. Pistoris *obs. 149*.

c) Poterit enim judex ipse sententiæ iniquæ ex Collegio peritorum latæ autor esse, quando scilicet vel dolo vel imperitia mutila & manca transmisit acta, non omnes personarum, rerum, temporis, loci, & alias facti circumstantias descripsit, non omnia instrumenta adjunxit, defensiones reorum domi retinuit, aut prorsus rejecit, testium depositiones non ea, qua decuit, fide consignavit, aut aliud quid omisit, quod ad

Nisi ipse judex intuitu actorum culpam admiserit.

ad causam facit. Quia enim minima sæpe qualitas totam causam mutat, ad iudicem & actuarium pertinet, omnia ista, quæ vel per scripturam, vel viva voce proponuntur, ad acta referre, nihilque penitus omittere, quod quoquo modo causam respicit. Si quid hic neglectum fuerit, non peritorum collegio imputari debet, quæ inde resultat iniquitas, sed ipsi iudici, qui causam dedit, & acta imperfecta transmisit. Ziegl. *d. concl. 45. §. 11.*

De judice, qui acta misit ad impectas.

d) Atque huc pertinet ultimum membrum in distinctione Ziegleriana, quod cur ad eum saltem casum restrinxerit vir alias iudiciosissimus, causam non video. Etsi enim citra conventionem partium sponte iudex ad hominem imperitum miserit acta, eadem erit ratio. Alia vero quæstio est, quando censeatur iudex culpam commisisse in hoc casu? Neque enim sufficere arbritor, si ad extraneum Doctorem eumque parum celebrem acta missa fuerint, etiamsi peritiores sint propiores, quod Zieglerus ibidem urgebat, nisi iudex obstrictus sit acta ad certum vel propinquum collegium mittere, aut, quæ Hartmanni Pistoris *d. obs. 149.* sententia est, si ad collegium fama minus celebre acta fuerint missa, cum facile in promtu fuerint collegia magis approbata; item an in illo loco recipiantur ad gradum Doctorum candidati cum parva causæ cognitione. Quamvis non negem, tutius esse, si iudex acta mittat ad collegium iuridicum, quam ad privatos Doctores singulos, (unde etiam thesis nostra de sententia collegii est concepta) & si mittat ad collegium, quod est in territorio principis sui, quam ad extraneum. Consentio equidem in decisionem casus, quem ibidem proponit Hartmannus Pistorius, scilicet: cum quidam confessus esset, se uxorem cum liberis interfecisse, & scabini cuiusdam civitatis a nobili Domino illius loci desuper consulti simpliciter respondissent, reum ex propria confessione rotæ pœna afficiendum, nec consultorem admonuissent, eum prius de delicto,

Casus notabilis sed huc non pertinens.

delicto, utrum id vere commissum esset, inquirere, & rei veritatem investigare debere, ac Dominus responsum ipsorum secutus de reo supplicium sumsisset; Postmodum vero tam uxor, quam etiam liberi captivi iam interemti essent reversi: quærebatur, an Dominus qui sententiam scabinorum executioni mandaverat, illud impune ferre deberet? Et respondit Pistoris, illam negligentiam Dominum non debere ferre impunem. Sed non pertinet hic casus ad nostram disputationem, quia ibi ut ipse fatetur Hartmannus Pistoris non agitur de actione nostra ad interesse, sed de pœna. Deinde iam *supra* §. *6*. monuimus, nos hic non agere de causis criminalibus. Adde quod illius decisionis aliæ etiam rationes dari poterant, v. g. quod iudex non ipse ante sententiam secundum normam in Constitutione criminali præscriptam statim ab initio de corpore delicti fuerit sollicitus; quod hominem imperitum adhibuerit ad directionem processus, quod reo non ex officio defensorem dederit &c. Quod autem Zieglerus arbitratur, iudicem qui acta plena ad peritos misit, litem suam facere, si sciens sententiam esse iniquam, eam pronunciet, in eo ab ipso dissentio, ex ratione, quod iudex teneatur consilium prudentum sequi per dicta *lit. a.* Zieglerus notatur.

§. X.

Quodsi pars læsa sententiam iniquam judicis per remedia competentia a viribus rei judicatæ non suspenderit? Communis sententia Doctorum arbitratur, judicem tamen condemnandum esse. a) Ego non arbitror, quia hic concurrit culpa damnum patientis. b) *An judex teneatur, si pars non appellaverit?*

a) Sequuntur communiter Schneidevinum *ad h. t. n. 23.* & Georgium Schulzium *ad h. t lit. a.* Vid. Ziegl. *d. concl. 45.* §. *5.* Hopp. *ad nostr. princ. in usu hod.* Gravium *de judic. Syndicatus p. 20.* Schneidevinum forte decepit Paris de Puteo *de* Affirmativa communis est.

Syndicatu sub rubrica Appellatio c. 4. n. 6. & 7. p. 170. qui rursus provocat ad Bartolum & Baldum. Unde extendunt sententiam hanc iidem Autores, ut valeat, etiamsi appellaverit læsus & appellationem deseruerit, vel ei renunciaverit. Sed jam supra notavimus, communem sententiam sæpe esse communem errorem. Ergo videamus rationes & leges, ad quas provocant illi autores. Equidem loco rationum nihil ab ipsis allatum esse observavi, nisi quod apud Schulzium hæc verba legam: *Etsi enim per desertionem appellationis sententia transiverit in rem judicatam, & appellans ei acquievisse credatur; tamen desertio adversæ parti tantum prodest, non judici, qui cum iniquam sententiam tulerit, litem suam fecit & parti ad interesse obligatur.* Verum hæc non est ratio, sed mera petitio principii, quod in hoc casu etiam judex litem suam faciat. Leges quod attinet, citantur *l. 15. de judic. l. fin. de var. & extr. Cogn. c. sæpe 44. de appell. c. pastoralis 28. de offic. de leg. c. sacras 48. de sent. excomm.* Sed quod leges civiles attinet, loquuntur eæ saltem in genere de eo, quod judex litem suam faciat male judicando, non de hoc casu in specie. Textus juris Canonici, uti nos non ferirent, etiamsi aliud probarent, cum de sensu juris Justinianei simus solliciti; ita plane nihil probant, cum de actione nostra non loquantur, nec ex istis capitulis allegatis ulla argumenta nisi valde contorta quoad quæstionem præsentem formari possint. Provocat equidem Paris de Puteo *d. l.* etiam ad *l. cum jure C. arbitr. tu el.* Sed cum nulla lex talis in *d. tit.* extet, omiserunt eam alii Dd. Equidem illi Dd. qui actionem nostram sic explicant, acsi in ea agatur ad mulctam pecuniariam, contra quos disputavi *th. 4. lit. d.* rationem illam pro se allegare possent satis evidentem, quod nempe in hac actione non attendatur restitutio damni dati, sed pœna proprie dicta negligentiæ. At quoad pœnam hanc nihil interesse, utrum reus adversus hanc imperitam sententiam remedium suspensivum adhibuerit, vel minus, cum impe-

Sed ratione destituta.

Et lege.

Nec etiam cohæret.

imperitia & culpa judicis semel commissa maneat in utroque casu culpa. At cum plerique Doctorum citatorum in eo nobiscum consentiant, quod & nostra actio detur ad interesse verum, adeoque sit rei persecutoria, & adeo velint, judicem imperite pronunciantem teneri ad damni dati restitutionem, non cohæret eorum hæc sententia cum extensione illa, ut etiam detur, si læsus non appellaverit.

b) Scilicet id allegare poterunt dissentientes, ipsos pro se habere regulam, in qua tam diu se fundent, nec probatione opus habeant, donec probetur a nobis exceptio. Igitur id fecimus in thesi, provocando videlicet ad aliam regulam, quod toties cesset actio Legis Aquiliæ vel similis tendens ad damni dati restitutionem, quotiens ejus, qui damnum passus est, negligentia vel culpa concurrit. Regulam vero istam jam probavimus per rationes & leges supra § *4. lit. d.* adductas. At negligentiam ejus, contra quem imperite judicatum est, hic concurrere ad damnum, si non appellaverit, aut si appellationi renunciaverit, multo magis si deserta pronuntietur appellatio, quis dubitaret; quia si appellasset, imperita sententia, si modo vere imperita fuerit, fuisset reformata. Hoc vero non facto, imputet sibimet ipsi, quod damnum passus fuerit. Negativa probatur.

§. XI.

Idem dicendum erit, si sententia a judice sic imperite lata sit, ut sit ipso jure nulla, quia tum is contra quem lata fuit, exceptione tutus, nec adeo damnum passus est, etsi & hic dissentiant viri celebres. a) *Quid si sententia sit ipso jure nulla.*

a) Ut Wissenbáchius ad Pand. *Diss. 42. §. 16. Etiamsi*, inquit, *sententia sit ipso jure nulla, tamen actione illa tenetur judex* l. ult. de extraord. cogn. l. 5. §. si judex de O. & A. pr. Inst. de obl. quæ quasi ex delicto nasc. *quæ hactenus non distinguunt* Respondetur affirmantibus.

 inter

inter sententiam nullam & iniquam. Ita quidem est, sed ratio harum legum ita iubet distinguere. Quanquam Wissenbachius ideo in hac quæstione est excusandus, quia videtur putasse, actionem hanc dari ad pœnam proprie dictam, qua circumstantia posita, utique nulla foret differentia, utrum sententia sit ipso iure nulla, an citra appellationem in rem iudicatam transeat.

§. XII.

Judex an regressum habeat?

Et quamvis alii putent judicem ita condemnatum regressum habere ad eum, in cujus favorem imperite pronunciavit, a) haud dubie tamen verior est altera sententia, regressum istum judici denegandum esse, cum actio hæc ex quasi delicto oriatur. b)

Affirmantium ratio.

a) Ne videlicet alter cum iudicis iactura contra regulam vulgarem locupletior fiat. Ita post Paulum de Castro, Ferdinandum Vasquium, Petr. & August. Barbosas, Celsum Bargalium, putat Mylerus ab Ehrenbach, *Hyparchol. c. 11. §. 11.* qui tamen & ipsi hanc doctrinam restringunt ad casum paragraphi nostri, si videlicet culpa sola iudicis adfuerit, non si dolus.

Negativa defenditur.

b) Inter quod adeo & verum delictum hoc intuitu non est differentia. Unde quæstionem hanc nobiscum negat Wissenbachius *d. Exerc. 42. §. 16.* argumento *l. 7. §. pen. ne quis eum, qui in jus voc. l. 1. §. plane 14. l. 15. de tut. & rat. distrab. l. si plures 38. §. ult. de admin. & peric. tut.* Ubi etiam respondet ad argumentum obstans ex *l. 7. C. de exact. tribut.* in verbis: *ipsis adversus obnoxios repetitione servata.* Scilicet in illa lege iam antea Provinciales erant obnoxii præstare annonas militares Misso Opinatori. Ergo iudices vel præsides provinciæ, qui intra annum non exegerant annonas, de suo eas Opinatori præstare debebant, ac deinde a provincialibus repetere. At is, qui utilitatem ex sententia iudicis impru-

imprudenter iudicantis habent non sunt obnoxii iudici. Paucis, nullus adest fons, ex quo iudex condemnatus regressum instituere possit.

§. XIII.

Jam videamus, an actio de qua hactenus egimus, usum aliquem in praxi habeat. Et sunt non pauci viri celebres, qui quæstionem affirmant a) ex illis potissimum rationibus: quod hic paragraphus nusquam sit abrogatis; b) imo actio de syndicatu in legibus Imperii & ordinationibus quibusdam Provincialibus expressis verbis sit recepta; c) quin etiam collegia juridica in responsis eam receptionem testentur. d) Quibus addi potest, quod hæc actio non fluat ex statu peculiari Romanæ Reipublicæ; Sed ex ipso jure naturæ; quod videlicet jubeat, damnum ex quacunque culpa datum, ab eo qui dedit, læso esse resarciendum. e) *An actio hæc usum habeat in praxi? Autores & rationes pro affirmativa.*

a) Schneidewin *ad Inst. h. pr. in not. lit. a.* Georg. Schulz. *in Syn. inst. hic lit. b.* Carpzov. *lib. 2. resp. 64.* Mev. *ad jus Lubec. Part. 5. tit 1. artic. 2. in fine.* Mynsing. *resp. 90.* Gail. *l. 1. obs. 153. n. 4.* Philipp. *us. pract. inst. lib. 4. Ecl. 39.* Hopp. *ad princ. inst. h. t. in usu hodierno.* Gisebert. *peric. statut. 1. artic. 15. n. 80. in fine.* Loca Autorum.

b) Hac ratione utitur diserte Mevius *d. l.* Ratio prima.

c) Loca Recessuum Imperii de Syndicatu disponentia iam supra exhibuimus *§. 3. lit. c.* Ita in iure Pruten. Elect. *lib. 1. tit. 5.* §. 4. constitutum est. *Judices, Assessores, Scabini caveant, ne negligentes sint in officio suo, neque lenta & longa nimis mora postulantibus jus reddant, tardeve justitiam administrent: & ne vicissim præcipitanter causa nondum sufficienter discussa, neque satis probata sententiam ferant. Si quid horum judex secus fecerit, & male in judicando versatus fuerit, litem suam facit, & parti læsa* Secunda.

ad

ad id, quod ejus intereſt, & omne damnum reſarciendum tenebitur. Quid clarius dici poterat?

Tertia.

d) Ita Philippi *citato loco* refert reſponſum Scabinorum Lipſienſium Ann. 1632. Uffn Fall das Amt Arnſtein den von euch rechtmäßig geſuchten Arreſt nicht annehmen wolte, und durch ſolche Verweigerung euch einiger Schaden zugezogen würde; So wäret ihr bemeltes Amt ad intereſſe und um Erſtattung des Schadens gebürlichen zu belangen wohl befugt.

Quarta reliquis præferenda.

Monita circa tres præcedentes.

e) Atque hæc ratio videtur omnium eſſe fortiſſima, quamvis autores citati eam non ſoleant allegare. Nam ad primam rationem reſponderi poſſet; jus Romanum intuitu Germaniæ eſſe peregrinum; at in peregrino jure ab ejus uſum negante non propandam eſſe abrogationem hujus juris, ſed ab affirmante probandam receptionem. Circa ſecundam moneri poſſet; ſæpe etiam in receſſibus imperii quædam extare, quæ nullum habeant uſum practicum. Ita prohibitas eſſe in receſſibus imperii potationes in ſalutem, & tamen in toto imperio impunia eſſe pocula etiam in ſalutem ipſorum receſſuum ea prohibentium. Ita quod receptionem juris Romani attinet, notum eſt, Receſſus imperii ſecundum principia juris Romani procuratori tribuere dominium litis poſt litem conteſtatam, & tamen ipſis receſſibus conſentientibus nullum effectum hujus dominii apparere usquam, quod thema peculiari diſſertatione tractavit Exell. Böhmerus. Et ſolent quidem etiam pro affirmativa adducere jus provinciale, vetus Svevicum, ubi collector *cap. 73 §. 7.* (ap. Goldaſt. Reichs-Satzungen *f. 43.)* ita loquitur: Welcher Richter Gut nimmt von einen der unrecht hat, und wieder einem nimmt der recht hat, der thut recht als Judas, der verkauffet das unſchuldige Blut, und das rechte Blut und nahm darum unrecht Gut. Alſo hat der Richter gethan, der hat ſeinen Bruder verkaufft um ein wenig Guts. Das ſoll er wiſſen, daß er Gottes Huld hat verlohren. Und iſt, daß ihn Gott ermahnet, daß er es wieder thun (reſtituere) will,

Cur omiſſa ſit doctrina compilatoris Juris Svevici.

ſo

so soll er das Guth, das ihm jener gab um das Unrecht, das soll er dem nicht wieder geben, der es ihm da gab: wann (quia) er es ihm darum gab, daß ihm der Richter unrechts hülff und das Recht vertilgete. Davon gab er es sündlich und schändlich. Da nahm es der Richter als unrecht und als übel, davon soll es ihm nit wieder werden. Es soll der Richter dem wiedergeben, dem da unrecht geschah. **Ihm ist der Richter schuldig zu gelten allen den Schaden, der ihm geschah, also von seinen unrechten Gericht.** Davon sollen sich die Richter hüten, daß sie niemand kein Unrecht thun, noch gestatten zu thun. Apparet hic, collectorem (uti sæpius alias moribus patriis immiscuit leges Romanus) etiam doctrinam juris Romani de actione contra judicem inique judicantem, & forte etiam de remedio adversus calumniatores in Germaniam introducere voluisse. Sed noluimus vel ideo id afferre, quia is collector privata auctoritate non potuit recipere jus Romanum ad usum practicum, & quia modo notavimus, ne quidem relationem juris Romani in Recessus imperii sufficientem esse ad probandum ejus usum practicum. Quod tertiam rationem concernit, pariter urgeri posset, responsa juridica non probare usum practicum actionis, sed saltem opinionem practicorum de hujus actionis usu, quæ tamen sæpe fallat. Confer Dn. Præsid. *Delin. Histor. juris Romani & Germanici §. 196.* Cum autem ipsum jus naturæ tanquam universale, & quod cordibus hominum inscriptum est, dictitet, quod actionem habeamus adversum judicem male judicantem, quis dubitaret amplius, aut saltem quæreret an jus illud sit receptum a Germanis?

§. XIV.

Dissentientes non loquuntur de Germania.

Porro quamvis Doctores alii testentur, actionem illam in Gallia & Belgio aut Italia non esse receptam; a) id tamen præcedenti sententiæ obstare non poterit, cum jam de Germania quæstio sit. b)

 a) Ut

Locus Grœnewegii. a) Ut Grœnewegen *de LL. abrogatis ad pr. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc. Quemadmodum*, inqnit, *jure civili consilii non fraudulenti nulla est obligatio* l. 47. d. R. I. *ita & moribus hujus ævi non tenetur judex, qui per imperitiam male judicavit* privileg. Mariæ 14. Mart. 1476. art. 6. *idque vel ex eo manifestum esse videtur, quod imperitissimi quoque judicandi munus ambiant, minime veriti, ne per imperitiam male judicaturi plurimas lites suas facturi sint. Et sane periniquum foret, & male ageretur cum judicibus, præsertim subalternis, si in tam difficili juris & praxeos scientia, in tanta opinionum varietate, tantaque causarum moram non ferentium multitudine, ut sæpe non detur plenum deliberandi spatium, ipsi singularum litium periculo tenerentur obnoxii, si quid forte iis per imprudentiam & imperitiam excidat &c.* Alii Autores. Alios autores Gallos & Belgas citat idem ibid. & Hoppius *in usu mod. ad h. t.* qui etiam quoad Italiam citat Joh. Ludov. *Decis. 1. n. 50. & dec. 3. n. 39.*

Alia ratio differentiæ. b) Hopp. *d. l.* qui & istam rationem suppeditat, quod ideo in Gallia, Belgio & Italia actio hæc non sit recepta, quia ibi omnia fere officia venalia sint, & hinc imperitissimi sæpe judicandi munere fungantur.

§. XV.

Verior tamen sententia negativa. His tamen non obstantibus putamus assertionem, quod hujus actionis vel plane nullus, vel certe valde exiguus sit usus in praxi, veriorem esse, non quod desit fundata intentio agentis & receptio juris, a) sed quod non expediat eam actionem instituere, idque ob varias rationes. b)

Scilicet quoad exercitium hujus actionis. a) Igitur hoc pacto tollimus objectionem ex ratione quarta *§. 13. lit. c.* & concedimus adeo, jus ipsum receptum esse, sed non juris exercitium. Possumus ergo hic actionem instituere, sed non expedit.

Ratio genera- b) Rationes has statim dabimus. Hic saltem præmittimus

mus rationem generalem. Diximus actionem nostram tendere eo, ut judex condemnetur in veram æstimationem litis, id est quanti intersit actoris male judicatum non esse. At vero constat, regulariter actiones ad interesse parum esse provicuas, ob difficultatem maximam probandi. *l. ult. de prætor. stipul.* & quod Dd. mirum quantum dissentiant in definiendis variis speciebus ejus quod interest, potissimum in demonstrando interesse tam lucri cessantis, quam damni emergentis. Vide Dd. commum. *ad tit. C. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.* Carpzov. *lib. 3. resp. 160.* Et vel juris tyronibus constat, eam ob causam inventam esse a Romanis stipulationem duplæ pro præstanda evictone, item stipulationes pœnales. Quodsi vero de summa, quæ primario petitur, constet, loco interesse ob eandem difficultatem probationis solent peti usuræ consvetæ ac promissæ &c.

lis, quia datur ad interesse.

§. XVI.

Quinimo asserere ausim, apud ipsos Romanos non solum tempore Justiniani, sed ipsius Gaji nullum vel exiguum usum hujus actionis fuisse, vel ideo, quod locum non habuerit, si sententia fuerit ipso jure nulla, vel ab ea non fuerit appellatum. a) Quodsi objicias, non præsumendum esse, quod juri Romano insertæ fuerint doctrinæ exiguum usum in praxi habentes, non difficilis ad hanc objectionem erit responsio. b)

Actio nostra ne quidem jure Romano habuit magnum usum in praxi.

a) Nam si sententia fuit ipso jure nulla, non potuit judex conveniri, quia tum nullum damnum est passus per dicta *§. 11.* Quodsi non appellaverit læsus, iterum non tenebitur judex per ea, quæ *§. 10.* latius docuimus. Ergo restat casus, si is, contra quem ex imprudentia pronunciavit judex, appellaverit, ac appellationem justificaverit. Sed tum vel

Scilicet in solo casu, si sententia judicis in appellationis instantia fuerit correcta.

 confir-

confirmata est prior sententia, vel fuit emendata. Priori casu potuit quidem contingere, ut judex, ad quem fuerit appellatio directa, æque imperite eam confirmaverit. Sed tunc vel iterum ad alium appellandum fuerit, & tum eadem distinctio esset repetenda, vel etiam, si appellari non possit, qua ratione probaverit læsus, quod ambo isti judices imperite judicaverint. Pertinet huc elegans locus apud Philibert. Bugnyon *de Leg. abrog. & inusitat. lib. 1. tit. 1. p. 5. Maintenant ils (les Juges) ne font autre chose, que de sciemment mal juger, usans de tels mots anciennement allegues*, Si gravaris, appella: *bien asseures, que les Juges superieurs ne les contraind ont à soutenir leur juge, quod mutuas sibi nonnunquam præstent operas, & mutuo velut muli scabant* l. Agaso ubi gloss. ff. si qvadr. paup. fec. dic. *Itaque sibi invicem suppetias ferunt, ut, si quid hujusmodi forsan illis accidat, a supremis Curiis benignissime tractentur.* Posteriori casu, si in instantia appellationis prior sententia fuerit correcta, cessat ipsa læsio, adeoque etiam damnum per eam datum, nisi quoad impensas in appellationem factas, & interesse dilatæ victoriæ. Atque adeo hic solus casus restat, ob quem, jure Romano etiam, judex ob imperitiam possit conveniri, in quo tamen & ipso multæ circumstantiæ aliæ concurrere possunt, felicem ejus exitum haudquaquam promittentes, ut mox videbimus.

Referri in jure etiam quæ non habent usum in praxi.

b) Ut enim taceam, a Dn. Præside *in dissert. de usu pract. tit. instit. de adopt. cap. 1. §. 26. lit d.* esse ostensum, quod ministri Justiniani quandoque actum frequentis usus ex imprudentia emendando, præter intentionem destruxerint, & ita docuerint, rem nullum usum practicum habituram, exemplo adoptionis ab extraneis factæ; etiam intuitu ICtorum veterum, ex quorum scriptis pandectæ sunt compositæ, idem dici potest, nec exempla desunt. Initio enim leges ex eorum commentariis ad leges Romanas, vel Edictum Prætoris excerptæ tantum non ubique ostendunt, eos, (ut hodienum

Cur id a JCtis sæpius factum sit.

fieri

fieri solet, in commentatione & explicatione legum vel autorum sive scripta, sive viva voce prolata) maximam dedisse operam, ut casibus quibuscunque conquisitis, singula verba legum vel Edicti & eorum vim ac efficaciam exponerent, sine circumspectione, utrum illi casus sint frequentis usus in praxi, an rariores. Atque ea in re non peccabant, cum non leges scriberent, sed interpretarentur. Leges enim non debent fieri de eo, quod raro fit, sed interpres exemplis sensum legis exponendo, ampliando, limitando, pro fine habet illustrationem conceptuum in intellectu lectoris, sine respectu ad frequentiam exempli in ipsis rerum argumentis. Hoc igitur intuitu uti, quod in proverbio est, exemplorum non requiritur veritas, ita nec frequens existentia. Eadem est ratio, dum JCti institutiones legitimæ scientiæ & similes libros scripserunt. Ita doctrina de triplici gradu culpæ in speculationibus intellectualibus fundamento suo non destituitur, & frequenter a JCti Romanis inculcatur, etsi ejus nullum vel exiguum usum esse, peculiari dissertatione ostenderit Dn. Præses. Quare Caius proponendo distinctionem obligationum, & de exemplis quasi delictorum vel culparum solicitus exemplum dedit de judice imprudenter judicante, non necessarium esse opinans circumspicere, utrum judices frequenter ita convenirentur, ac sufficere sibi putans, si modo illud exemplum perspicue exponeret doctrinam de quasi delictis. Res adhuc magis perspicua fiet, si consideremus aliud exemplum in eadem doctrina, scilicet medici, de cujus comparatione cum judice jam supra adversus communem Doctorum sententiam egimus *§. 3. lit. d. e.* Proculus ait, *si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem l. 7. §. 8. ad L. Aquil.* Videtur Proculus studio imperitiæ saltem sectionis mentionem fecisse, non medicamenti perperam adhibiti, forte respiciens ad usum practicum, quia imperita sectio facilius probari potest, quam imperitia intuitu

Exemplum.

Idem & hic factum a Gaio.

Aliud exemplum de medico imperite curante.

situ medicamenti. At idem noster Gaius *l. 8. pr. ff. eod.* solum ad expositionem sensus in lege Aquilia, non ad usum practicum reflectens addidit. *Idem juris esse, si medicus medicamento perperam usus fuerit,* Ulpianus omissa relatione exemplorum de obligatione Medicorum generalem regulam eodem tendentem proponit *l. 6. §. 7. de offic. Præsid. Sicuti Medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet. Prætextu humanæ fragilitatis delictum decipientis in periculo hominis innoxium esse non debet.* Quæ omnia intuitu theoriæ recte se habent. At in praxi, ubinam medici in judicium vocantur ob imperitiam; scilicet ob difficillimam imperitiæ probationem. *Medici enim sic curant animal humi natum, nec confisum scientiæ veritate, sed in arte suspicapili positum & conjecturarum æstimationibus nutans.* Arnob. *lib. 1. adv. gentes p. 28.* Unde & Grœnewegen *ad §. 7. Inst. de L. Aquil.* scripsit, medicos in judicium non vocari, quod eorum imperitiam terra degat.

§. XVII.

Etiam ideo, quod non omnis imperitia sit culpa, quæ ratio adhuc magis in Germania obtinet.

Accedit quod adhuc dubium sit, an secundum principia tam juris naturalis a) quam Romani b) & Germanici c) omnis imperitia & imprudentia etiam eorum, qui artem aliquam profitentur, pro culpa sit habenda, etsi de regula nemo dubitet. Sane errare humanum est, & omnia scire magis divinitatis est, quam ut ab homine id postulari queat. Quæ consideratio, uti iterum ostendit difficultatem probandi sæpissime subesse, ita non solum apud Romanos docet rarissimam fuisse praxin hujus actionis, sed & adhuc minus frequentem apud Germanos, quo major est apud nos legum pluralitas & incertitudo. d)

Regula de

a) Ignorantiam culpæ annumerari dicit *l. 132. de R. J.*

Quam

Quam regulam communiter sic explicant, ut in eo procedat, qui peritiam aut artificium profiteatur, si circa hoc negotium per imperitiam quid commiserit, cum alias imperitia alicujus rei per se culpa non sit. Vid. Vinn. *in notis ad §. 7. de Lege Aquilia.* Quod & ipsum regulariter procedere concedimus, sed non universaliter. Etenim inorantia vel imperitia juris est vel naturalis vel civilis. Ignorantia juris naturalis huc non pertinet, quam uti in omnibus hominibus, ita vel maxime in judice culpæ annumerari non negamus. Sed de ignorantia juris civilis sermo est. Video & hanc dividi, uti culpam in latam levem & levissimam. Latam vocant, cum quis ignorat ea, quæ communiter omnes JCti intelligunt; levem, cum quis ignorat ea, quæ soli excellentes JCti sciunt; denique levissimam, ignorare ea, quæ nonnisi rarissimi quique sciunt, qui propter pro excellentissimis habentur. Primam dicunt esse culpam latam, secundam levem, tertiam levissimam. Vid. Alciat. *ad l. 213. §. 2. de V. S.* Posse imperitiam ita subtiliter dividi concedo; nego vero eam divisionem esse perspicuam; nego, ignorantiam levissimam esse culpam. Perspicua non est, maxime intuitu imperitiæ levissimæ. Quinam enim sunt illi JCti rarissimi & excellentissimi, & ubi existunt? Nescio equidem an JCti eadem præditi sint modestia, quæ de septem sapientibus Græciæ narratur, quorum nullus tripodem jussu oraculi, sapientissimo tradendam, accipere volebat, sed mittebat ad alium. Ita homines comparati sumus, ut facile quilibet se putet alios se & scientia & virtute excellere. Quis vero in hoc dissidio judex erit competens. Ergo vereor, ne imperitia hæc levissima si ad praxin deduci debeat, id fieri possit, sed conceptus ille imperitiæ levissimæ & JCti illius rarissimi & excellentissimi potius referendus sit ad ideas plus quam Platonicas, & adhuc magis, quam conceptus diligentissimi patrisfamilias, quem JCti Romani sibi formarunt

Ignorantia culpæ annumeranda.

Ignorantia juris civilis vel lata vel levis vel levissima.

Imperitia levissima est subtilis sed inanis speculatio.

Imperitia levissima non est culpa.

marunt in doctrina de contractibus. Videamus jam, an imperitia levissima illa, quæcunque etiam sit, pro culpa haberi debeat etiam in judice? Nego, & ex his rationibus ostendo. Culpa est, ignorare ea, quæ quis scire debet. In hoc consentiunt omnes. Jam vero quis postulaverit, ut JCtus omnis, qui jurisprudentiam profitetur, præ se ferat, aut præ se ferre debeat, ut sciat ea, quæ excellentissimus JCtus & Phœnice rarior, multa lectione ac experientia sibi paravit. Ita sane tolleretur omnis scientiæ gradus, omnis excellentia, si omnes JCti essent æquales. Quilibet JCtus peritiam profitetur juris, hanc si non præstet, in culpa est. Peritus autem haud dubie est, qui non est imperitus. Imperitus vero est, qui nescit ea, quæ communiter juris periti sciunt. Ergo non est imperitus, qui ignorat ea, quæ scit excellentissimus & rarissimus ille JCtus, atque adeo nec imperitia hæc ejus culpæ est annumeranda. Jam facile quidem sentio, quod argumenta hæc nostra ex eo sis impugnaturus, quasi vitium in iis lateat vel ideo, quod plus probent, quam probare debeant: Voluisse enim me probare, imperitiam levissimam non esse culpam; Sed ex istis rationibus etiam sequi ne quidem imperitiam levem esse culpam, si quis ignoret ea, quæ excellentes JCti sciunt. Bonum factum. Statim ab initio in ea sententia fui, sed statim eam dicere nolui, ad cavendam indignationem dissentientium. Jam cum res eo deducta sit, non dissimulabo amplius. Ita est. Sola imperitia crassa & lata in JCto culpa est, uti in omnibus artificibus, h. e. si JCtus ignoret ea, quæ communiter JCti sciunt, etiamsi non sint excellentes. Commune proverbium est, nemo nascitur artifex. Imo nemo qui fit artifex, statim excellit inter artifices. At quis unquam hactenus ista docuit? Istam quidem objectionem parum curo. Sufficit quod ratio recta hæc doceat. At jurisprudentia nostra rationalis est.

Imo ne levis quidem.

Sed saltem lata.

Etiam secun-

b) Neque tamen putandum, alienam esse ab hac doctrina

na Jurisprudentiam Romanam. Nam etsi Gajus noster dicat, imperitiam culpæ annumerari *d. l. 132. de R. J.* Etsi idem dicat *l. 8. §. 1. ad L. Aquil.* neminem affectare debere id, in quo intelligat vel intelligere debet infirmitatem (vel imperitiam) suam aliis periculosam futuram; nusquam tamen dicit, imperitiam aut imprudentiam (nam utriusque hic eadem est ratio, etsi alias non omnis imprudentia sit imperitia, cum etiam imprudentia possit oriri ex inadvertentia, ut recte observat Zieglerus *Dicast. Concl. 1. §. 9.*) levem vel levissimam esse culpam, sed hæc doctrina est inventum interpretum Juris Romani, per modo notata. Id quidem agnoverunt JCti Romani, *turpe esse Patritio, & nobili & causas oranti,* (adeoque multo magis & judici) *jus in quo versaretur* (vel secundum quod pronunciare deberet) *ignorare, l. 2. §. 43. de O. J.* Sed ipsum tamen Jurisprudentiæ studium tam vulgare & facile esse non sunt arbitrati, ut ignorantia omnis etiam JCto turpit haberetur ac pro culpa imputaretur. *Ego*, inquit Pomponius *(l. 20. de fidei com. libert.) discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum & septuagesimum annum ætatis duxi, memor sum ejus sententiæ, qui dixisse fertur: Etsi alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiscere.* Cum ergo natura hominis ita comparata sit, ut scientia humana quotidie augmenta capiat, & dies diem doceat, quis diceret, Pomponium, juventutis tempore si quid ignoraverit, quod alii JCti seniores sciverint, in culpa fuisse, quod id ignoraverit. Annon recordati sunt juris interpretes ipsius Imperatoris Justiniani, qui in *l. 3. §. 13. de V. J. E.* de se ipso diserte ait: *In nullo aberrare, seu in omnibus irreprehensibilem & inemendabilem esse divinæ utique solius, non mortalis est constantia seu roboris, quemadmodum & a majoribus dictum est.* Quid clarius ex hac lege deduci potest, quem, non omnem juris ignorantiam etiam in JCtis culpæ esse adscribendam? Et tamen

dum jus Romanum non omnis ignorantia juris in judice culpa est.

JCti iidem, qui leges modo memoratas ut notabiles edifcendas commendant juvenibus, docuerunt, levem vel levisfimam juris ignorantiam in judice culpæ effe annumerandam! Vides quid profit, fi faltem leges commendentur memoriæ, cum neglectu judicii & follicitudinis intelligendi, quænam fit legum vis & poteftas. Sed video facile, diffentientes, qui imperitiam etiam leviffimam in judice culpam effe arbitrantur, forte feductos effe effato Neratii, *in l. 2. de J. & F. ignor.* ubi fic differit: *In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit, cum jus finitum & poffit effe & debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentiffimos fallit.* Sed refpondeo 1) Non dicit, quod juris error nunquam excufet, fed quod non femper excufet. Scilicet ut Papinianus loquitur *l. 7. eod. Juris ignorantia non prodeft acquirere volentibus, fuum vero petentibus non nocet*, h. e. ut interpretes recte exponunt, non nocet illis, qui in damno vitando verfantur, qualis etiam eft judex ex imperitia levi vel leviffima judicans. Porro, quemadmodum Caffius referente Pomponio *l. 3. §. 1. eod.* cum Sabino ignorantiam (facti) ita accipiendam exiftimavit, (in regula quod facti ignorantia non noceat) ut non fit deperditi & nimis fecuri hominis, idem quæ Paulus cum Labeone ftatuit *l. 9. §. 2.* ita natura correlatorum poftulat, quoad juris ignorantiam nocentem ut talis intelligatur, cum quis ignorat, quæ reliqui JCti fciunt. Sientia vero hoc loco neque curiofiffimi, neque negligentiffimi accipienda, verum ejus, qui jus diligenter difcendo notum habere poffit *arg. d. l. 9. §. 2.* 2) Dicit quidem JCtus, jus finitum effe poffe & debere, fed non dicit, jus finitum effe. Concedo, jus etiam civile finitum effe poffe & debere, fed quid inde adverfus judicem jus civile quod infinitum eft, ignorantem, inferri poteft? Nihil. 3) Quodfi dicas, JCtum voluiffe etiam dicere quod jus fit finitum,

Explicatur l. 2. de J. & F. I.

nitum, si de Jure naturali ei sermo sit, tum adversus nos allegari non poterit ob dicta §. *praeced. lit. a.* 4) Sed haud dubie sensit JCtus de Jure Civili eoque Romano. Ita similis est sententia Quintiliani *lib. 12. Inst. cap. 3. Hoc*, inquit, (studium juris) *non tam est arduum, quam procul intuentibus fortasse videatur. Namque omne jus, quod est certum, aut scripto, aut moribus constat: Dubium, aequitatis regula examinandum est. Quae scripta sunt, aut posita in more civitatis nullam habent difficultatem, cognitionis sunt enim, non inventionis. At quae consultorum responsis explicantur, aut in verborum interpretatione sunt posita, aut in recti pravique discrimine. Vim cujusque vocis intelligere, aut commune prudentium est, aut proprium Oratoris. Aequitas optimo cuique notissima.* Nolo equidem prolixe examinare sententiam Quintiliani, cum ad finem properem, & disquisitio haec peculiarem inspectionem mereatur. Quod ad praesentem scopum sufficit, liceat & Neratio, & Quintiliano objicere, quae Gulielm: Budaeus *ad ff. tit. de Just. & J. p. m. 10. seqq.* adversus haec Neratii disserit. *Eo res redacta est, ut nulla aetas huic studio sufficiat. Ceu vero scita plebis indocta, edicta Praetoris plerumque semidocti, principum sanctiones & imperia interdum praecipitata, consulta senatus, nonnunquam ambitiosa, aut per metum Principum extorta, aut per assentationem effusa, aut necessitate aliqua expressa, denique ambigua saepe jurisprudentum responsa, id est, eorum, qui suffragatorum praecipus, aut summi beneficii loco a Principe impetraverant, ut jurisprudentes essent, & de jure publice responsitarent: haec, inquam omnia, quasi Sibyllinorum carminum instar sint, aut oraculorum propheticorum, ac nunquam satis enarrata, foecunda hominum ingenia & ad omnes disciplinas, (si per priscam juris facilitatem licuisset) versatilia, aeternum exercere debeant; ut ille quondam scriptus & a tergo, nec dum finitus Orestes. Inde illa cantatissima de dividuo & individuo, de suitate, de pacto nudo, nec dum tot voluminum textura vesti-*

vestito, & alia hujusmodi sinuosissima quaestiones &c. Adde tot dissensiones inter Labeonis & Capitonis successores, Proculianos, Sabinianos &c. Quos inter si alteruter alterutrum accusasset, quod imperite judicaverit, quis judex futurus fuisset? 5) Non solum imprudenter judicat, qui jus ignorat, sed etiam qui jus parum prudenter applicat ad factum propositum. Jam etsi demus jus finitum esse, juris tamen applicatio infinita est, propter infinitatem circumstantiarum facti, quarum vel minima juris applicationem variat.

Jure Germanico ignota distinctio imperitiæ levis & levissimæ.

c) Germanos nunquam subtilem illam & in praxi inutilem distinctionem inter culpam latam, levem & levissimam recepisse, & olim eandem jure suo ignorasse docuit Dn. Præses *in dissert. de usu practico distinctionis culparum in contractibus.* Ergo & ignorarunt multo magis distinctionem inter imperitiam juris latam, levem & levissimam, quæ glossatoribus demum aut juris Romani interpretibus novioribus originem debet. Quod vero judicem attinet imperite judicantem, eum jam sub linea Merovinga Reges Francorum e Germania oriundi, tantum culpa damnum dantem condemnare noluerunt. Ita enim legitur in Capitulari Dagoberti Regis seu legibus Bajoariorum *Tit. 2. cap. 18. & 19. Judex, si accepta pecunia male judicaverit, ille, qui injuste aliquid ab eo per sententiam judicantis abstulerit, ablata restituat. Nam judex, qui perperam judicaverit, in duplum ei, cui damnum intulerit, cogatur exolvere, quia ferre sententiam contra legum nostrarum statuta præsumsit, & in fisco cogatur quadraginta solidos persolvere. Si vero nec per gratiam nec per cupiditatem, sed per errorem injuste judicaverit, judicium ipsius, in quo errasse cognoscitur, non habeat firmitatem; judex vero non vocetur ad culpam.*

Olim prohibitum judicem ob culpam convenire.

Maxima incertitudo juris

d) De pluralitate & incertitudine legum Romanarum modo locum Budæi dedimus. At vero apud nos hodie

Jus.

Jus Justinianeum, varia Germanica, Feudale, Longobardicum, Suevicum, Saxonicum, Jus Canonicum, Praxis & Mores sæpe e diametro & in ipsis principiis sibi contrariantur, ut loquitur Philippus Burchardus *de hodierna Jurisprudentiæ nevis & remediis p. 31.* quæ integra dissertatio assertum hoc nostrum latius probat. Laboramus enim etiam incertitudine opinionum communium contra communes & rerum judicatarum contra res judicatas &c. Et nulla sententia tam absurda est, quam non defenderit aliquando Doctor famigeratissimus, aut integrum etiam JCtorum collegium. Unde ad oculum patet, quam difficile & pene impossibile sit, apud nos probare, quod judex imperite judicaverit. Romani, & hodierni Germanici.

§. XIIX.

Adjuvat sententiam nostram argumentum magni roboris. Si enim non obstante frequente mentione Syndicatus in legibus Imperii nusquam tamen apparet actio de Syndicatu in Imperio instituta, a) quamvis lapides clament & publice notorium sit, multas sententias pronunciari per sordes judicum, b) quis speraret quæso aut sibi promitteret usum practicum actionis contra judicem ex errore aut imperite judicantem. *Actio Syndicatus etiam nullum usum habet in praxi.*

a) Non adducam, quod jam Hippolitus a Lapide *de Ratione status imperii Germanici Part. 2. c. 7. sect. 5.* observaverit, in judicio Aulico Cæsareo nunquam admitti remedia revisionis vel Syndicatus, sed ea tantum in Camera Imperiali locum habere. Sed jam ante plures annos observavit Burgoldensis *ad Instrum. pacis Part. II. disc. 20. §. 10. circa fin.* syndicatum istum, quia ob dolum detur, nullo adhuc exemplo in Camera firmatum esse, & quia est remedium valde periculosum, ei aliud mitius nempe revisionem esse adjunctam. Probatio thefeos.

Idem tradit Gregorius Biccius *rer. quotid. sive aur. sect. 5. n. 176.* & Lyncker *de Gravam. extraj. c. 9. p. 2. §. 67.* neque qui post hos 1685. scripsit, Gravius de judicio Syndicatus, ullum exemplum adducere potuit. Conf. B. Beyeri *posit. ad ff. tit. de appell. posit. 29.*

In senatu Aulico casus syndicatus non est dabilis:

b) Scilicet in judiciis inferioribus. Sed cum Senatus Aulici Cæsarei ea sit integritas, ut nihil ex affectione aut corruptione quicquam contra justitiam attentet, hinc etiam nulla Syndicatus gravamina Excelsissimo huic judicio hactenus imminuerunt, adeoque merito supersedemus de imperitia & dolo eorum plura dicere, in quos ne doli quidem vel imperitiæ suspicio cadere potest. Sunt verba Joh. Christoph. ab Uffenbach *de Consil. Cæs. Aul. c. 23. sect. 2.* Adde omnino *II. Sam. XX. 11.*

§. XIX.

Res est plena periculi judicem convenire de dolo vel culpa.

Scilicet res est etiam periculi plena, judicem convenire de dolo vel imperitia, cum eædem leges, quæ actionem nostram indulgent, admoneant partes de manifestis probationibus & de præsumtionibus pro judice & eorum sententiis, a) & ea de re unanimis sit JCtorum sententia, b) ut adeo ipsi dissentientes, fateantur propterea actionem nostram raro apparere in foro. c)

Jus ducatus Prussiæ requirit probationes manifestas.

a) Ita enim jus provinc. ducatus Prussiæ *lib. 1. tit. 5. §. 4.* postquam docuisset, judicem male judicantem parti læse teneri ad id quod ejus interest, & omne damnum resarciendum, subjungit: Cæterum, quia judex in jure pro viro bono habetur, ideo pro ipso præsumitur, nec ullis adversus eum, judiciumque, quod exercet, suspicionibus locus est, nisi contrarium manifeste probetur.

b) Ita

b) Ita enim docent: Præsumtio est pro judicis sententia *l. 63. §. 1. ff. de evict.* Tabor *ad Barbos. l. 17. c. 19. ax. 18.* unde injustitiam evidentem & probationes in Syndicatu luce meridiana clariores esse oportet, cum Baldo & Paride de Puteo, aliisque Giurba *consil. 72. n. 15.* sive criminaliter, sive civiliter agatur *arg. l. f. C. de probat. junct. l. fin. C. ad l. Cornel. de falsis*, in quo nec mediator, qui se pecuniam ab alio ad corrumpendum receptam solvisse dicit, utpote in hoc se ipsum exonerans, cum potuisset penes se retinere, ad ferendum testimonium admittitur. Idem d. Consil. n. 16. Nec judex Syndicatu conventus actori acta judicialia adversus se edere tenetur, Matth. Berlichius *integra, decis. 56.* ubi id præjudiciis firmat. Siquidem delinquere & male agere vel alias nemo præsumitur *l. 51. pr. ff. pro socio*, maxime viri boni *c. fin. X. de præsumt. c. un. vers. cum illum X. de scrutin. l. 18. §. 1. ff. de probat.* veri Christiani, Nobiles & doctores *arg. l. 2. C. de debit. civil.* cum major pro iis regulariter stet virtutis, integritatis atque innocentiæ præsumtio *arg. l. un. ff. de offic. Præf. Prætor.* Joh. le Cirier *de primog. lib. 2. qu. 4. art. 2. n. 4.* Farinac. *op. crimin. qu. 39. n. 48.* Et quidem nihil est hodie familiarius litigantibus, quam vel in ipsum etiam judicem conviciando, cavillando & maledicendo scriptis pariter atque verbis procacius & effrenatius invehi, si nempe causa, quam sibi justissimam persuaserunt, cadant, ut vere Consiliarius quidam in Aula Electorali Saxonica Nobilissimus dixerit, judicem tot amicos sibi acquirere vel inimicos, quot sententias publicari fecerit, quæ victori semper placeant, victo nunquam non displiceant, ab illo laudentur, ab hoc vituperentur. Carpz. *lib. 6. Reps. 97. pr.* Plura vide apud Gravium *de judicio Syndicatus c. 5. §. 15. & c. ult. §. ult.*

Difficultas harum probationum secundum pragmaticos.

c) Ita enim Hoppius *ad hoc pr. in usu mod. Nec est, quod instes, rarius tamen hodie in judicium deduci hanc actionem. Esto enim*

Confessio Hoppii de periculo.

enim id ita esse, exinde tamen non statim ad abrogationem ejus argumentandum, & forte id ipsum non tam ideo fit, quod jus illam instituendi deficiat, quam quod quisque sibi metuat a judice, nec facile cum illo contendere ausit.

§. XX.

Consensus aliorum nobiscum. Responsio ad objectiones.

Nec desunt plane JCti famigeratissimi, qui ante nos idem docuerunt, non observari hodie hanc actionem. a) Unde non curamus, quod tamen ejus practica exstet in Classibus Oldendorpii, quia illa practica est hypothetica, b) & quod apud Mevium extet decisio de hac actione revera instituta, quia illa non condemnavit judicem, sed absolvit. c)

Nobiscum sentit Lauterbachius.

a) Unus sit instar omnium ex JCtis Germanis, Lauterbachius *in Compend. ad tit. de extraord. cognit. in fine*, in primis, cum ille alias non sit facilis in asserendo non usu actionis alicujus in jure Romano fundatæ, & etiam longa experientia præditus, ut dispicere potuerit, an actio hæc, de qua agimus, sit in viridi observantia, an minus.

Locus ex Oldendorpio pro probando usu practico hujus actionis.

b) Gavisus sum, cum in classibus Oldendorpii circa finem id est, *class. 7. act. 13. p. 917.* invenirem rubricam de Practica hujus actionis, nec pigebit eam totam describere, cum rarius occurrat, ubi tamen notes velim, verba parenthesi inclusa esse glossas Oldendorpii, rationes libelli ibi propositi declarantes. Ergo ita proponit casum seu libellum: *Actor dicit, quod Sempronius in Utopia civis exercet quasdam negotiationes hic gentium* (Exprimendæ sunt in specie res illarum negotiationum) *Tales negotiationes Rempublicam Stadensem multum lædant.* (Merito igitur agendum est ut desinant privata commoda propter publicam utilitatem:) *Sempronius ille admonitus, ut a tali gravamine abstineret, nihilominus in præjudicium totius populi dicta exercuit negotia.* (Non decet Christianum homi-

hominem talis obſtinacia adverſus proximum, multo minus adverſus totam univerſitatem.) *Actor nomine ſenatus populique Stadenſis vocavit eum Sempronium in jus apud Titium judicem.* (Recte quidem. Nam ideo eſt Magiſtratus, ut ſit timori malis, præſertim lædentibus Rempublicam. *Rom. 13.)* *Actor eidem judici expoſuit, reo non eſſe jus prædictis negotiationibus civitatem Stadenſem intolerabilibus damnis afficere.* (Hæc clauſula manifeſtiſſimi juris eſt, ut infra dicetur.) *Actor probavit intentionem, quatenus ad factum pertinet confeſſione rei conventi* (ex l. 1. ff. de confeſſ.) *Judex prædictus non conſiderata actione Stadenſium juſtiſſima, pronunciavit, reum, quominus prænominatas negotiationes exerceat, impediri non debere.* (Illa pronunciatio omnibus modis contra jus & æquitatem fuit: juxta *l. ult. C. ſi contra jus vel util. publ.)* *Civitas Stadenſis tali prounntiatione injuſta fuit damno mille aureorum affecta.* (Si autem judex forte odio, gratia, aut pecunia corruptus pronunciaverit, varianda eſt hoc clauſula.) *Quare petit actor univerſitatis dictæ Stadenſis, veſtra ſententia pronuntiari; non licuiſſe Titio reo, tunc judici contra jus & utilitatem publicam ſententiam dicere, ideoque ad ſolvenda mille Senatui populoque Stadenſi omnibus modis eum teneri.* (Si id genus actionis aliquanto frequentius intenderetur adverſus iniquos judices: haud dubie non ita ſuſque deque pronuntiarent, præſertim in cauſis publicis.) Hactenus Oldendorpius. Ex cujus verbis finalibus parentheſi incluſis apparet, practicam hanc eſſe hypotheticam, & caſum ab Oldendorpio fuiſſe fictum, non in ipſis obtinuiſſe rerum argumentis. Neque enim narrat eventum hujus actionis, ſed fictione utitur, uti in toto prope libro fecerat. Ut taceam, Oldendorpium, ſi unquam, parum prudenter hunc caſum pro monſtranda practica actionis, de qua agimus, elegiſſe, nec veroſimile eſſe, in caſu ſimili contra judicem pronunciatum iri. Ipſe quidem pro judice

Reſpondetur caſum illum non ſolum eſſe fictum ſed etjam impertinentem.

G fingit

fingit hanc exceptionem: *Titius reus dicit, se contra jus partis, non vero contra jus scriptum pronunciasse.* Et statim nimis severe pronuntiat: *Abeat autor istius distinctionis in malam crucem. Quid enim differunt jus partis & jus scriptum in judice calumnioso? &c.* Sed vereor, ut judex in casu simili ista absurda exceptione usurus sit, cum non deficiant aliæ ex-„que non longæ quærendæ. Quid enim, inquiet, hoc „novæ rei est, ut actores me conveniant quasi imperite „judicaverim pro exercitio negotiationis libero? Audio „allegari contra me, quod non deceat Christianum homi-„nem talis obstinacia adversus proximum. Virtutes Chri-„stianæ sunt omnis coactionis expertes, nec usquam legi „in toto corpore juris ob violata præcepta humanitatis & „benevolentiæ, actionem concedi, si modo regulæ justi-„tiæ non violentur. Dicunt actores, quod mercator con-„ventus hic exercuerit. Bene, sunt enim commercia ju-„ris Gentium. Dicunt, negotiationem ejus Rempubli-„cam eorum multum læsisse. Sed sub quo prætextu, cum „qui suo jure utitur, nemini faciat injuriam. Dicunt eum „læsisse utilitatem publicam, dicunt, eum hoc confessum „esse. Confessus est factum, id est negotiationem. At „non confessus est, se quid commisisse contra utilitatem pu-„blicam. Utilitas publica plerumque servit prætextui il-„lis, qui non quærunt nisi utilitatem propriam, eamque „privatam. &c. Vel me omnia fallunt, vel certus sum, judicem ita pronunciantem nequaquam imprudenter aut imperite pronunciasse.

Neque etiam casus a Mevio adductus probat usum actionis nostræ.

c) Extat illa decisio *Parte 8. decis. 480.* ubi, postquam Mevius de requisitis hujus actionis ex principiis juris Romani nonnulla præmisisset, casum narrat de judice, qui de fuga hominis proprii conventus erat, quod admissa cautione istum ex carcere dimisisset, & subjungit: etsi efficaci-

ter

ter conveniri potuisset, si de injuria admissæ cautionis & relaxationis res plana fuisset, apparentibus tamen quibusdam circumstantiis, ex quibus excusari factum judicis potuerit, pro eo absolvendo prævaluisse sententiam, in causa Rittmeister Sperlings contra senatum Civitatis Wismariensis die 8. Octobr. 1661.

§. XXI.

Sed & qui nuper ventilatus est, in Facultate Juridica hujus Almæ Fridericianæ, casu, docet, institutam quidem fuisse ex hoc textu Institutionum actionem contra judicem imperite judicantem, a) & sententias duas condemnatorias actorem jam obtinuisse, b) verum justas subesse rationes dubitandi, utrum exinde actor multum sit lucraturus. c) *Casus singularis huc pertinens.*

a) Casus iste erat. Primus convenerat Secundum coram Tertio, quod Secundus ante mensem vendidisset Primo equum cœcitate lunatica laborantem pro 31. thaleris, petens rescindi emtionem, & Secundi equum alium interim erresto detinendum. Secundus responderat, equum tempore venditionis omni vitio fuisse destitutum, etsi idem equus deprehensus sit a judice & assessoribus, Secundo etiam non contradicente, tempore actionis institutæ esse cœcum. Testimonium etiam dixerat testis, sed non juratus, quod equus post octiduum post venditionem jam cœcus fuerit, & alii duo, sed pariter injurati, quod equus statim post venditionem cœcus fuerit deprehensus. Pronunciaverat Tertius, rescindendum esse contractum, & Primo a Secundo pretium esse restituendum, ac interim alium equum Secundi in arresto esse detinendum. Sequenti post sen- *Relatio casus secundum circumstantias singulas.*

ſententiam latam die, Primus petierat, ut judex æſtimaret equum arreſtatum, & ipſi pro ſumma æſtimata addiceret. Æſtimatione facta equus iſte a Tertio adjudicatus fuit Primo pro 27. thaleris; Verum Secundus convenit iterum Tertium judicem, quod imperite judicaverit, petens reſtitutionem damni dati.

Rationes ſententiarum, judicem conventum damnantium.

b) Pronunciavit enim judex coram quo Tertius erat conventus: Tertium debere Primo intra ſex ſeptimanas ſatisfacere ob damnum ipſi per ſententiam ſuam datum. Leuteratione interpoſita a Tertio, per Collegium aliud Jure Conſultorum ſententia prior confirmata erat, ac Tertius in expenſas Leuterationis erat condemnatus, ſalvo tamen regreſſu adverſus Aſſeſſores judicii, ſi modo probaſſet intra quatuor ſeptimanas, quod per horum vota plura ſit adactus ad ita pronuntiandum. Quamvis autem nullæ additæ fuerint rationes decidendi iſtis duabus ſententiis, facile tamen judicari poteſt, ex quibus fundamentis illæ fuerint latæ, ſcilicet (1) ex communi perſvaſione de uſu practico actionis contra judicem male judicantem, nondum abrogato, item (2) quod omiſſa a læſo per ſententiam judicis iniquam appellatio non poſſit nocere illi, judicem exquaſi delicto convenienti. (3) quod probatio læſionis per illam ſententiam judicis hic ſit evidens, cum Primus fundamentum actionis ſuæ poſuerat in venditione equi cœcitate lunatica (Mond-Blindheit) laborantis, poſteo vero equus deprehenſus erat laboraſſe coecitate abſoluta (Stock-Blindheit) & vero cum hæc poſterior ſit vitium ſenſibile, ob eam non locum habeat redhibitio: Accedere, quod neque probatum fuerit, tempore venditionis equum jam fuiſſe coecum, cum teſtes omnes non fuerint jurati, & unus eorum depoſuerit, equum poſt octiduum demum a contracta venditione fuiſſe coecum deprehenſum; neque obſtare quod

quod Secundus præsens fuerit, & non urserit, testes prævio juramento esse examinandos, cum judex id ex officio facere debuerit; Denique & id considerandum esse, quod, etiamsi forte reo imputari posset, quod a sententia iniqua judicis non appellaverit, in præsenti tamen casu Secundo nihil esse imputandum, ideo quod Tertius sequenti statim die post publicatam sententiam Primo adjudicaverit alium equum sanum, ac ita de novo Secundum læserit, non expectans ejus appellationem intra decendium interponendam. &c.

c) Quia Tertius sententiæ suæ fundamentum non solum posuerat in constitutione Principali, jubente pecudes cœcitate lunatica laborantes esse redhibendas, sed etiam illas, quæ vitium haberent tempore venditionis, quod eas plane inutiles redderet ad usum emtoris, inter quæ etiam recenseri debeat cœcitas absoluta, ut quæ pariter non numerari possit inter vitia visibilia *arg. l. 43. §. 1. de cont. emt.* ac alibi eam ob causam vitiis ob quæ redhibitio concedenda sit, accenseatur; (2) quia imperitia judicis concurrens cum dolo actoris non relinquat locum actioni nostræ contra judicem imperite judicantem; in primis cum (3) iste dolus sit plane enormis, si Primus Secundo vendidisset equum revera vix pretii 4. aut 6. thalerorum pro thaleris 31. & (4) testimonium duorum testium injuratorum de cæcitate absoluta equi tempore venditionis ad minimum indicium faciat adversus Primum ad juramentum purgatorium; Porro falso supponi (5) in sententiis Tertium condemnantibus, acsi actio contra judicem imperite judicantem sit in foris Germaniæ usu recepta, per hactenus deducta, & (6) quasi ea etiam locum habeat in casu, si læsus non appellaverit, per ea, quæ docuimus *§. 10.* Neque prodesse (7) Secundo, quod Tertius statim postridie post sententiam publicatam adjudicaverit Primo equum Secundi, Rationes pro judice.

 nam

nam & hoc vel attentatum, vel imperite factum potuisse emendari mediante appellatione &c. Igitur de hoc casu Facultas nostra pronunciavit mense Augusto hujus anni, quod ante omnia Secundus debeat se juramento purgare, quod nesciverit equum venditum tempore vendicionis fuisse cœcum, uti patebit ex ipsa sententia subjecta, circa quam tamen paucis monendum: quod ibi concessum fuerit, ac si competat actio læso, etiamsi non appellaverit, & quod actio adversus judicem male judicantem non detur ad interesse, sed ad mulctam arbitrariam, quorum utrumque tamen falsum esse hic ostendimus *d. §. 10. & §. 4.* cum dicta sententia concepta fuerit ad gustum Dd. erroribus communium opinionum adherentium, nec ibi locus fuerit, eosdem prolixe refutare. TANTUM HAC VICE.

SENTENTIA FACULTATIS JURIDICÆ HALLENSIS

Mense Augusto 1714.

Auf gesuchte Restitution in integrum und ferneres Einbringen in Sachen des Stadt-Vogts K. zu U. Beklagten an einen, Hans S. zu E. Klägern am andern Theil, erkennen Churfürstl. ꝛc. auf eingeholten Rath, auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die Gravamina restitutionis erheblich, und ist nunmehro aus denen Acten soviel zu befinden, daß es noch zur Zeit bey dem am 7. Martii 1713. alldorten

ten abgesprochenen Urtheil nicht zu lassen, auch Bekl. in die Unkosten der Leuterung-Instanz nicht zu condemniren, sondern es ist zuförderst Kläger, nach vorhergegangener ernstlicher Verwarnung vor der schweren Straffe des Meineydes, darbey auch ein Geistlicher zugebrauchen, vermittelst Eydes sich zu reinigen, und daß das an Heinrich O. verkauffte Pferd, zur Zeit des Verkauffs, seinem sup. n. 4. geschehenen Vorgeben nach, frisch und gesund und ohne allen Mangel, insonderheit aber, nicht blind gewesen, oder er doch, daß es blind gewesen sey, nicht gewust, zu schweren schuldig. Er thue nun solches oder nicht, so ergehet dannoch in der Sache ferner was recht ist. Von Rechts wegen.

Rationes dicidendi.

Hat Heinrich O. mense Martio 1712. den jetzigen Kläger coram jetzigen Beklagten verklaget, daß er ihn vor 4. Wochen ein Mondblindes Pferd für 31. Thaler verkaufft hätte, und daß solches wegen dieses Haupt-Mangels, gewandelt, auch biß dieses geschehen, dessen bey sich habendes Pferd arrestiret werden möchte, gebeten. Und als damahlig Bekl. Hans S. vorgegeben, daß das verkauffte Pferd beym Verkauff frisch, gesund und ohne allen Wandel gewesen, ist das Pferd befunden worden, daß es blind sey, auch Hans S. selbst solches bekennen müssen. Und als hiernechst der Vogt von St. Sum-

marisch

marisch bezeuget, daß das Pferd, wie der Käuffer solches Acht Tage gehabt, blind gewesen; imgleichen Ernst S. und Heinrich D. jedoch beyde ohne Eyd, bezeuget, daß das Pferd den Mangel, sobald sie nach getroffenen Kauff in die Stadt kommen, an sich augenscheinlich spühren lassen, ist der Bescheid ertheilet worden: Daß bey so gestallten Sachen die Wandelung erkannt sey, und des Bekl. Pferd, biß dieses geschehen, in arrest bleiben solle. Als auch den folgenden Tag darauff Kläger angehalten, daß das arrestirte Pferd æstimiret, und ihm zugeschlagen werden möchte; und dieses von etlichen darzu beniemten Personen auf 26. biß 27. Thaler taxiret worden, ist solches dem Kläger vor 27. Thaler zugeschlagen worden, u. s. w. Hat darauf Hans S. den Judicem, quod ob imperitiam male judicaverit, belanget, und ist n. 19. & 20. erkandt worden, daß Beklagter sich wegen des, Klägern durch sein Judicatum zugefügten Schadens, innerhalb 6. Wochen mit ihm abzufinden habe. Und da Beklagter wieder diese Sentenz geleutert, ist ferner n. 48. & 49. erkant worden; Daß es bey diesen Urtheil lediglich zu lassen, auch Leuterant in die Unkosten dieser Instanz zu condemniren, es könnte und wolte dann derselbige innerhalb 4. Wochen, gehörig erweisen, daß er durch die Vota der Gerichts-Assessorum überstimmet, also, wie geschehen, judiciren und verfahren müssen, so bliebe ihm billich der Regreſs gegen selbige bevor. Wieder

der dieses letzte Urtheil hat Beklagter abermahl restitutionem in integrum gesucht, und ist auf solche gesuchte Restitution von uns nunmehro erkannt worden. Ob es nun wohl scheinen möchte, daß die bißherigen Urtheile zu confirmiren gewesen wären; indem Kläger angeführet, daß Heinrich O. darauff geklaget, daß das Pferd Mondblind gewesen, da doch nur soviel erhellet, daß das Pferd zur Zeit der Klage stockblind gewesen, die Fürstliche Constitution auch nur von der Mondblindheit rede, als welche nicht zu allen Zeiten gemerckt werden könne, die Stock-Blindheit aber ein vitium visibile sey, wegen welches er nicht könne belanget werden, wenn gleich das Pferd zur Zeit des Verkauffs diesen Mangel an sich gehabt, oder er solches gar vor sehend ausgegeben hätte;

l. 55. de Ædilit. Edicto, l. 15. §. 1. de contrah. emt.

l. 43. eod.

Hernach noch nicht erwiesen worden, daß das Pferd zur Zeit des Verkauffs stockblind gewesen, indem die beyden Zeugen Ernst S. und Heinrich D. so solches bejahet, unvereydet gewesen; Und wenn gleich Beklagter darwieder eingewendet, daß Kläger die Vereydung nicht begehret, sondern tacite darein consentiret hätte, dannoch ihm den Beklagten als judici zugestanden, ex officio die Zeugen verhören zu lassen,

sen, und da Kläger seinem juri nicht renunciiret, auch dessen Stillschweigen pro tacito consensu nicht zu halten wäre; Ferner die Exception des Beklagten, daß der Kläger den Bescheid per remedium Leuterationis vel Appellationis a viribus rei judicatæ nicht suspendiret, ihm deßwegen nicht zustatten kommen könne, weil eines Theils der Beklagte Klägern dadurch übereilet, daß er sofort des andern Tages post publicatam sententiam Klägers Pferd dem O. adjudiciret, andern Theils aber bekannten Rechten, quod si judex ob imperitiam judicandi conveniatur, hæc exceptio ipsi non competat.

Hopp. ad princ. Inst. de Oblig. quæ quasi ex delicto nascuntur.

Dieweil aber dennoch der Beklagte seinen Bescheid n. 4. nicht nur in §. 1. des Hochfürstlichen Edicts, welcher von der Mond-Blindheit, als einen Haupt-Mangel redet, sondern auch ausdrücklich in dessen §. 2. gegründet, worinnen n. 5. enthalten, daß wenn ein Pferd schon von denen Haupt-Mängeln befreyet sey, und dennoch ein anderer Mangel anselbigen sich befinde, der solches Pferd zum Gebrauch untüchtig mache, dieser Schade auch bey Verkauffung des Pferdes bereits gewesen, und der Verkäuffer, selbigen gewust zu haben, erweißlich gemacht werden könne, derselbe das Pferd innerhalb 2. Monden zu wandeln, schuldig seyn solle; und hieher die Stock-Blindheit der

Pferde

Pferde allerdings zu rechnen: auch Kläger irrig ist, wenn er die Stock-Blindheit inter vitia visibilia, von welcher die von ihm allegirte Leges reden, zehlen will, indem ein grosser Unterscheid unter einen stockblinden Pferde, und unter einen Knecht dem die Augen ausgestochen sind

V. l. 43. §. 1. verb. hominem luminibus effossis, de contrah. emt.

zu machen; und in dessen Ansehen an vielen Orten die Stock-Blindheit gar unter die Haupt-Mängel gerechnet worden

B. Stryk. in Usu moderno ad tit. de Ædilit. Edict. §. 13. & 18.

auch ferner etiam in vitiis visibilibus & ubi crassa & supina est emtoris negligentia, si venditor sciverit illud vitium, tenetur rem venditam ob dolum redhibere, etiamsi protestatus fuerit, quod de nullo vitio teneri velit.

Idem ibid. §. 8. & 10.

Und ex ibidem adductis rationibus ebenmäßig unbillich seyn würde, wenn der judex ex imperitia & culpa condemniret werden, dem Kläger aber sein dolus so vor genossen ausgehen, und er deßfals melioris conditionis seyn solte; Bey dieser Bewandnüß aber, es hauptsächlich auf diesen Umstand ankommt, ob Klägers verkaufftes Pferd zur Zeit des Verkauffs albereit blind gewesen, und er solches gewust habe, inmassen alsdann dessen dolus pro evidente & enormi

zu achten wäre, daß er ein blindes Pferd, daß kaum 4. oder 6. Thaler werth gewesen, für 31. Thaler verkaufft; und, ob schon die zwey oben benanndten Zeugen, die, daß das Pferd gleich nach dem Verkauff vor blind befunden worden, ausgesagt, als unvereydet, weder plene noch semiplene beweisen; Dannoch ihre Aussage, bey dem Umstand, daß das Pferd tempore institutæ actionis annoch blind gewesen, einen starcken Verdacht wider Klägern erwecket, weßwegen demselben, zumahl gestalten Sachen nach anders nicht aus der Sache zukommen, der Reinigungs-Eyd, gar wohl aufgeleget werden kan; Zugeschweigen, daß, wenn der judex ex imperitia & non propter dolum belanget wird, als wie in gegenwärtigen casu geschehen, derselbe nicht in restitutionem damni sondern in mulctam arbitrariam zu condemniren ist.

princ. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc.
l. ult. ff. de extraord. cognit.
Hopp. ad d. princ. Inst.

Als ist von uns obstehender massen zu erkennen gewesen.

FINIS.